

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZ GONZAGA FILHO

**MULHER DO FIM DO MUNDO: uma análise do *Habeas Corpus* coletivo
143.641/SP à luz da cultura do encarceramento**

SANTA RITA

2018

LUIZ GONZAGA FILHO

**MULHER DO FIM DO MUNDO: uma análise do *Habeas Corpus* coletivo
143.641/SP à luz da cultura do encarceramento**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Ma. Danielle da Rocha Cruz.

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G642m Gonzaga Filho, Luiz.

MULHER DO FIM DO MUNDO: Uma análise do Habeas Corpus coletivo 143.641/SP à luz da cultura do encarceramento / Luiz Gonzaga Filho. - Santa Rita, 2018.
111 f.

Orientação: Danielle da Rocha Cruz.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Mulher presa. 2. Prisão preventiva. 3. Estado de Coisas Inconstitucional. 4. Encarceramento em massa. 5. Estatuto da Primeira Infância. I. Cruz, Danielle da Rocha. II. Título.

UFPB/CCJ

LUIZ GONZAGA FILHO

MULHER DO FIM DO MUNDO: uma análise do habeas corpus coletivo 143.641/SP à luz da cultura do encarceramento

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Penal

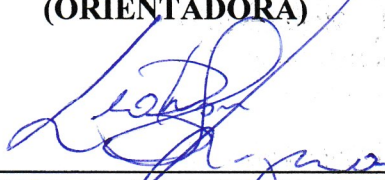
Orientadora: Prof.^a Ma. Danielle da Rocha Cruz

DATA DA APROVAÇÃO: 08 de novembro de 2018.


BANCA EXAMINADORA:



Prof.ª Ma. DANIELLE DA ROCHA CRUZ
(ORIENTADORA)



Prof. Pós-Dr. LEONAM BAESSO DA SILVA LIZIERO
(EXAMINADOR)



Prof. Me. MARCELO FERNANDEZ CÁRDILLO DE MORAIS URANI
(EXAMINADOR)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por traçar meus caminhos, iluminar meus pensamentos e dar força e coragem para concluir mais um objetivo.

À mainha e a painho que, com amor incondicional, paciência, carinho e base, não mediram esforços para que o filho chegasse a esta etapa da vida.

À Karol, minha irmã, pelo incentivo e inspiração para superar todas as dificuldades.

À tia Helena, pelo apoio nos primeiros meses de curso.

Meus agradecimentos aos amigos e companheiros de jornada, Hallita, Isabela, Letícia e Maurício, que facilitaram sensivelmente esta caminhada.

Às amizades que o curso oportunizou a cultivar: Matt, Paulo, Priscilla, Roberta e Thainá. Obrigado pelas alegrias, felicidades, tristezas e dores compartilhadas!

À minha grande amiga Rebecca, por toda paciência e companheirismo.

À Universidade Federal da Paraíba, por meio do corpo administrativo e docente. Em especial, agradeço à minha orientadora, Professora Danielle da Rocha Cruz, pelo suporte de imensa valia no pouco tempo que lhe coube.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

*Na avenida, deixei lá
A pele preta e a minha voz
Na avenida, deixei lá
A minha fala, minha opinião
A minha casa, minha solidão
Joguei do alto do terceiro andar
Quebrei a cara e me livreí do resto dessa vida
Na avenida, dura até o fim
Mulher do fim do mundo
Eu sou, eu vou até o fim cantar
Mulher do fim do mundo
Eu sou, eu vou até o fim cantar, cantar
Eu quero cantar até o fim
Me deixem cantar até o fim
Até o fim, eu vou cantar...*

(Alice Coutinho e Rômulo Fróes / Elza Soares)

GONZAGA FILHO, Luiz. **Mulher do fim do mundo:** uma análise do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP à luz da cultura do encarceramento. 2018. 111 f., Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita, 2018.

RESUMO

Em fevereiro do corrente ano, ao julgar o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres gestantes, mães de crianças de até doze anos ou de deficientes, em todo território nacional. Desse modo, o escopo do presente trabalho é analisar a mencionada decisão criticamente à luz da cultura do encarceramento. Para chegar ao resultado, percorre-se um caminho pelos institutos relativos ao referido caso concreto, tendo em vista que o aumento da população carcerária feminina, pautada no aprisionamento em massa, reflete o número de crianças que perderam a referência materna durante a infância. Assim, o perfil da presa no Brasil é traçado, passando-se ao aprofundamento dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, bem como do inefetivo instituto da prisão domiciliar (art. 318 do Código de Processo Penal) e das mudanças introduzidas pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16), de modo a explorar a decisão proferida pela Suprema Corte. Para compreender a complexidade do tema, há a análise qualitativa dos mais diversos dados oficiais do sistema penitenciário nacional, investigando-se as especificidades da mulher presa socialmente vulnerável, bem como a utilização de pesquisa bibliográfica, com o intuito de fundamentar, de forma crítica, o *writ* com o entendimento da doutrina. Por fim, propõe-se a análise minuciosa da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal e a construção jurisprudencial que a alicerçou, dando ênfase a decretação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Como resultados da pesquisa, pode-se afirmar que a Suprema Corte seguiu uma tendência internacional na política de desencarceramento, baseada na doutrina da proteção integral e nos princípios da primazia dos direitos dos infantes e da intranscendência da pena, com a finalidade de impedir que o aprisionamento fira a dignidade das crianças, tendo em vista a reconhecida situação degradante dos estabelecimentos prisionais.

Palavras-chave: Mulher presa. Prisão preventiva. Prisão provisória. Estatuto da Primeira Infância. Encarceramento em massa. Proteção integral da criança. Pessoaalidade da pena. Estado de coisas inconstitucional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CADHu	Coletivo de Advogados em Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Depen	Departamento Penitenciário Nacional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas corpus</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO PERFIL DA POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA NO BRASIL E A SITUAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS.....	11
2.1 DOS DIREITOS DAS PRESAS MÃES, GESTANTES E PUÉRPERAS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	14
2.2 DAS CONCEPÇÕES MORAIS E SEXISTAS NO CÁRCERE FEMININO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO.....	18
3 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
3.1 DOS PRESSUPOSTOS DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	26
3.2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL PREVENTIVO.....	28
3.3 DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS.....	31
4 O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA (LEI 13.257/16) E A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA.....	36
4.1 DAS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O APOIO AOS FILHOS DE PRESOS.....	39
4.2 DA PRISÃO DOMICILIAR E SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	41
4.3 A INEFETIVIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E OS REQUISITOS NÃO PREVISTOS LEGITIMADORES DO CÁRCERE FEMININO.....	45
5 O <i>HABEAS CORPUS</i> 143.641/SP E A PRISÃO DOMICILIAR DAS GESTANTES, PUÉRPERAS E MÃES DE CRIANÇAS E DEFICIENTES.....	50
5.1 DO CABIMENTO E DA POSSIBILIDADE DE TUTELA COLETIVA.....	52
5.2 DA IMPETRAÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> E A SITUAÇÃO DO CÁRCERE FEMININO.....	55
5.3 A CULTURA DO ENCARCERAMENTO COMO MOTIVAÇÃO DETERMINAÇÃO À CONCESSÃO DA ORDEM.....	58
5.3.1 Da violação à primazia dos direitos da criança e ao princípio da intranscendência da pena.....	61
5.3.2 Da decretação do estado de coisas inconstitucional (ADPF 347 MC/DF).....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	70
ANEXOS.....	75
ANEXO A – Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no <i>Habeas Corpus</i> 143.641/SP.....	75
ANEXO B – Voto do Ministro Edson Fachin no <i>Habeas Corpus</i> 143.641/SP.....	106

1 INTRODUÇÃO

De acordo com os dados oficiais divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, pouco menos da metade da população carcerária feminina compõe-se de presas provisórias. Nota-se, assim, um fenômeno característico da construção da identidade das encarceradas, haja vista que a maioria destas é jovem, negra, com baixa escolaridade e renda.

Desse modo, o cárcere brasileiro torna-se um espaço de segregação social, havendo, em relação às unidades prisionais femininas, diversas violações aos direitos de forma geral, a exemplo de falta de espaços adequados ao exercício da maternagem, como berçários e creches, assim como aos direitos reprodutivos e ao acesso à saúde especializada.

Além do aprisionamento de pessoas determinadas e frente a problemática da efetividade do direito ao acesso à justiça no moroso Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal declarou, no ano de 2015, quando do julgamento da ADPF 347 MC/DF, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ante a situação degradante dos estabelecimentos prisionais.

Nesse ínterim, fora editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16) com o propósito de criar mecanismos para o desenvolvimento integral das crianças, bem como para haver o fortalecimento dos direitos fundamentais destas, razão pela qual o art. 318 do Código de Processo Penal foi modificado.

Assim, com o intuito de tornar-se uma medida desencarceradora e tutelar os filhos de presos, estabeleceu-se que os magistrados, no caso concreto, poderiam substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas hipóteses em que a agente fosse gestante ou tivesse dependentes de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Insta salientar que, no Brasil, a fase da proteção integral da criança iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posterior edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando estas a serem consideradas sujeitos de direitos, derogando o anterior entendimento discriminatório que visava a proteção apenas daquelas crianças e adolescentes que estivessem em reconhecida situação irregular.

Assim, a proteção à infância foi elevado ao *status* de direito fundamental, prevendo a Carta Magna, nos termos do art. 227, o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, de forma prioritária e absoluta, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando estes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

opressão.

Em que pese todo o arcabouço jurídico para tutelar a presa e seus filhos no ordenamento jurídico, vige, em nossa sociedade, a cultura do encarceramento, em que o aprisionar seria considerado a forma mais eficiente para o combate ao crime. Nessa linha, vê-se o aumento exponencial da população carcerária que, por sua vez, cumpre suas penas em situações degradantes, impossibilitando que as presas exerçam a maternidade com dignidade.

Ante a inefetividade do art. 318 do CPP, em que a maioria dos pedidos do benefício da prisão domiciliar era indeferido pelos magistrados, fora impetrado *habeas corpus* coletivo perante a Suprema Corte, com o propósito de revogar a prisão preventiva ou que, alternativamente, houvesse a substituição desta em domiciliar em favor de todas as gestantes e mães de crianças presas preventivamente e de seus filhos.

Desse modo, além do encarceramento em massa, o *writ* foi fundamentado na precariedade das instalações prisionais, tendo em vista haver a negativa do acesso aos programas de saúde pré-natais, à assistência regular ao parto e pós-parto e à condições razoáveis de higiene.

Além disso, faltariam berçários e centro materno-infantis nos estabelecimentos prisionais, privando as crianças de condições adequadas de desenvolvimento, o que, por si só, transgredia diversos dispositivos do ordenamento jurídico, a exemplo do Estatuto da Primeira Infância, afetando frontalmente a capacidade de aprendizagem e de socialização das crianças.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu pela concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva de todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes relacionadas no processo, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas. Houve, ainda, a extensão, *ex officio*, a todas as demais presas que ostentem estas características e adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas.

Assim, a problemática da presente pesquisa está situada no estudo sobre as influências da cultura do encarceramento na decisão da Suprema Corte, tendo em vista que a própria ementa do julgado consignou este fenômeno como a exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal.

No que se refere à metodologia, este trabalho faz uma construção teórica sobre o aprisionamento em massa e as influências deste nas recentes decisões da Suprema Corte, bem como a construção jurisprudencial até os dias atuais e a tendência mundial em instituir medidas desencarceradoras.

Na fase instrumental, a metodologia dedutiva, compreendida como a análise geral ao particular, realizou-se a partir das noções dos institutos da prisão preventiva e a substituição desta em domiciliar, bem como o estudo das outras medidas cautelares. Ainda, houve a análise do Marco da Primeira Infância, pautando-se na primazia dos direitos da criança, para, ao final, concluir pelo cárcere em massa de mulheres e o descumprimento da legislação que trata sobre a necessária infância saudável.

Dentre os métodos procedimentais empregados, há o interpretativo, tendo em vista o estudo dos dispositivos nacionais e internacionais e dos textos jurídicos associados a prisão preventiva e suas problemáticas, bem como àqueles relativos a cultura do encarceramento. No contexto teórico, tem-se a realização de exploração de fontes bibliográficas e de legislações (nacional e internacional), livros, artigos científicos, produções acadêmicas e investigações jurisprudenciais acerca da temática.

Em relação aos capítulos, *a priori*, há o estudo de dados oficiais do perfil da população prisional feminina, de modo a explorar o entendimento de que o sistema carcerário apresenta-se como discriminatório e seletivo, tendo como objeto mulheres pobres e vulneráveis, traçando, ao final, a questão da situação precária dos estabelecimentos prisionais com o intuito de demonstrar a caótica situação atual.

Em seguida, no segundo capítulo, a pesquisa volta-se para o estudo do instituto da prisão preventiva, como os seus fundamentos e pressupostos, com o escopo de problematizar a adoção desta para fins ilegítimos, haja vista a utilização da medida como pena, e não com o seu intuito de provisoriedade.

O terceiro capítulo tende a ótica do trabalho a uma leitura da proteção dos direitos das crianças, trazendo o Estatuto da Primeira Infância como protagonista, uma vez que este possibilitou as mudanças atinentes ao instituto da substituição da prisão preventiva em domiciliar. Ademais, expõe-se o entendimento traçado pelos magistrados na negação deste benefício, haja vista que estes fundavam-se em requisitos não previstos no dispositivo legal.

No quarto e último capítulo, realiza-se a conexão entre as discussões trazidas no bojo da pesquisa, desde as características da presa, perpassando pelos institutos da prisão preventiva e domiciliar, até a análise da decisão à luz da cultura do encarceramento, indicando os argumentos utilizados no *habeas corpus*. Para finalizar, traz-se as mais diversas problemáticas, como a primazia dos direitos da criança e do adolescente e o princípio da intranscendência da pena, bem como a declaração do estado de coisas inconstitucional frente ao aprisionamento em massa.

2 DO PERFIL DA POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA NO BRASIL E A SITUAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Para compreender o encarceramento feminino e, de igual forma, as diversas questões inerentes ao tema, deve-se considerar que o contexto histórico, social e cultural influenciam todo o sistema jurídico, de forma a impactar os processos de criminalização e a elaboração das políticas criminais. Assim, decorre a imprescindibilidade de averiguação dos dados oficiais relativas a população carcerária feminina com o escopo de avaliar, de modo concreto, o perfil das atingidas pelo aprisionamento, bem como a situação dos estabelecimentos prisionais.

Nesse sentido, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de junho de 2016, informa que a população carcerária geral é composta por, aproximadamente, 726.712 homens e mulheres, sendo 689.510 em estabelecimentos administrados pelo sistema penitenciário estadual, 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública e 437 pessoas em unidades administradas pelo Departamento Penitenciário Federal¹.

Quanto aos dados mais recentes da mulher presa, obtidos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN Mulheres), referentes ao ano de 2016, a população prisional feminina era de 42.355, representando um aumento de 656% em relação ao registrado no início dos anos 2000. Contudo, as vagas disponíveis somavam a quantidade de 27.029, compondo uma taxa de ocupação de 156,7% e um deficit global de 15.326 vagas entre as mulheres.

Ainda de acordo com o INFOPEN Mulheres, no ano de 2016, 45% das presas não haviam sido julgadas e condenadas, enquanto que o relatório referente ao ano de 2014 apontava que 30,1% das mulheres encarceradas estavam nesta situação. Ressalte-se, ainda, que a expansão do contingente deve ser mitigada frente a ausência de dados sobre mulheres em carceragens de delegacias.

O estado da Paraíba está próximo da média nacional, tendo em vista que, no ano de 2016, o número de presas provisórias chegava a 292, representando um total de 47% de encarceradas sem condenação².

1 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN, atualização – junho de 2016. Brasília, DF, 2017, 65 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

2 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento**

Em relação ao contexto internacional, o relatório *World Female Imprisonment List (four edition)*, do ano de 2016, indica que há mais de 714.000 mulheres encarceradas em instituições de todo o mundo, em prisões cautelares ou cumprindo penas definitivas. O Brasil, com o número de 42.355 presas, figura como o quarto país com maior população carcerária feminina, atrás apenas dos Estados Unidos (211.870 presas), China (107.131 presas) e Rússia (48.478 presas).

Analisando a taxa de aprisionamento (referente a quantidade de presas para cada grupo de 100 mil mulheres), o Brasil apresenta um aumento de 455%, no período entre os anos 2000 e 2016, situando-se na terceira posição mundial com 40,6 presas para cada grupo de 100 mil mulheres, atrás apenas dos Estados Unidos (taxa de 65,7 presas) e da Tailândia (taxa de 60,7 presas)³.

Em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, a grande parte destes foi projetada para homens (74%), sendo 7% destinadas ao público feminino e outros 17% caracterizados como mistos, significando que estes podem contar com alas ou celas específicas para o aprisionamento de mulheres, ainda que originalmente masculinos, não havendo informação em relação aos 2% restantes⁴.

Nesse contexto, drástica é a situação precária que aflige as encarceradas, contrariando várias disposições do nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a arquitetura prisional e os serviços penais foram formulados para homens, restando incapazes de observar as especificidades de espaços e serviços destinados às presas, como os que possibilitem o aleitamento e a custódia das gestantes e de seus filhos.

A população prisional feminina, conforme as informações do INFOPEN, é bastante definida. No que se refere a faixa etária⁵, aproximadamente 50% das presas são jovens de até 29 anos de idade. Em relação a raça, cor ou etnia das encarceradas⁶, cerca de 62% são negras,

nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

3 WALMSLEY, Roy. **World Female Imprisonment List**. London: University of London, 2015, 13 p. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edition_edn_v4_web.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

4 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

5 Pelos dados do relatório, a informação sobre a faixa etária da população prisional feminina estava disponível para 30.501 mulheres, equivalendo a 74% da população feminina total.

6 Os dados em relação a categoria negra são a soma das categorias preta e parda. Estes dados coletados são referentes aos cadastrados pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta do INFOPEN, não havendo controle sobre a autodeclaração das presas.

37% são brancas e 1% destas são amarelas. Quanto ao perfil da escolaridade da população prisional feminina⁷, 66% das presas concluiu, no máximo, o ensino fundamental, tendo 15% destas finalizado o ensino médio.

No que se refere ao estado civil, 62% das mulheres privadas de liberdade são solteiras, sendo atribuído tal estimativa a grande quantidade de jovens encarceradas. Em relação a existência de filhos, a disponibilidade de informações ofertadas pelo Departamento Penitenciário Nacional permanece baixa, sendo possível a análise de apenas 7% da população prisional feminina, o que corresponde a 2.689 presas, em que 74% desta pequena amostragem são mães.

Quanto ao tipo penal, entre as unidades prisionais que dispunham sobre essas informações, foram computadas 33.861 incidências nos registros das mulheres, verificando-se que os crimes relacionados ao tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as presas foram condenadas ou aguardam julgamento no ano de 2016, significando que três em cada cinco mulheres, no sistema prisional, estão ligadas as estas infrações penais.

O segundo grande grupo de incidências penais refere-se aos crimes contra o patrimônio, correspondendo a 20% do total das infrações tentadas/consumadas nos registros de mulheres privadas de liberdade. Da referida porcentagem, 11% são de crimes de roubo e, por conseguinte, os 9% restantes são referentes ao crime de furto⁸.

Sintetizando os dados, no Brasil, verifica-se que a encarcerada é definida como jovem, de baixa renda, em geral mãe, presa provisória suspeita de crime relacionado ao tráfico de drogas, corroborando com o entendimento exarado de que a cultura do encarceramento atinge essa massa socialmente vulnerável⁹.

Dessa maneira, o cárcere brasileiro, com todo esse retrato, torna-se lugar de exclusão social, espaço de perpetuação das vulnerabilidades e seletividades. Em especial, nas unidades femininas, encontra-se maiores violações no que se refere ao exercício de direitos de forma geral e, notadamente, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como ao acesso à saúde

7 Pelos dados do relatório, a informação sobre a escolaridade da população prisional feminina estava disponível para 29.865 mulheres, equivalendo a 73% da população feminina total.

8 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

9 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília, DF, 2015, 92 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

especializada, educação e trabalho¹⁰.

Assim, imprescindível a existência de estratégias de superação em um grupo social reconhecidamente mais afetado pela pobreza, devendo haver a atuação sobre as dimensões que mais precarizam as condições de vida desta população. Isto posto, o foco das políticas públicas deve ser direcionado para a análise dos processos que contribuíram para este estado de coisas, remetendo a necessária inserção da perspectiva de gênero e raça nas políticas públicas¹¹.

2.1 DOS DIREITOS DAS PRESAS MÃES, GESTANTES E PUÉRPERAS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

A Constituição Federal assegurou, em seu bojo, diversos direitos e garantias fundamentais, elevando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. No texto constitucional, há diversas menções a direitos fundamentais inerentes aos presos, como o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade¹² e a proibição de penas de morte; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; ou cruéis¹³.

Nesse ínterim, ainda há menção ao respeito à integridade física e moral dos presos¹⁴; a comunicação ao juiz competente e aos familiares dos encarcerados¹⁵; a asseguaração da assistência à família do preso e o seu direito ao silêncio sem que isso acarrete consequências danosas¹⁶. Em relação aos direitos das mulheres presas, e, em especial, às gestantes e mães, a Constituição Federal, no art. 5º, L, garante às presidiárias “condições para que possam

10 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília, DF, 2015, 92 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

11 BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica. **Dossiê mulheres negras:** retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília, DF, 2013, 16 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_dossie_mulheres_negras.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

12 BRASIL. **Constituição Federal.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LVI: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

13 BRASIL. **Constituição Federal.** Art. 5º, XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

14 BRASIL. **Constituição Federal.** Art. 5º, XLIX: “É assegurada aos presos o respeito à integridade física e moral”.

15 BRASIL. **Constituição Federal.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LXII: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

16 BRASIL. **Constituição Federal.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”¹⁷.

No âmbito infraconstitucional, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), como grande arcabouço que preconiza sobre os direitos dos encarcerados, versa, em seu art. 10, que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”¹⁸, englobando a assistência à saúde, material, jurídica, educacional, social e religiosa¹⁹.

A Lei em comento preceitua, ainda, algumas peculiaridades, como o § 3º, do art. 14, assegurando o “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”²⁰, versando o § 2º do art. 83 que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”²¹.

Segundo os dados do relatório INFOPEN Mulheres, do ano de 2016, apenas 14% das unidades declararam poder oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade possa permanecer em contato com seus filhos e oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, somando, assim, uma capacidade total de receber 467 bebês²².

O art. 89 da Lei de Execução Penal traz como um dos requisitos básicos da unidade celular, em penitenciárias femininas, uma “seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”²³.

O relatório, divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional, informa que 55 estabelecimentos femininos ou mistos dispunham de cela ou dormitório para gestantes, correspondendo a 16%, enquanto que havia um número de 536 mulheres gestantes e 350 lactantes privadas de liberdade em unidades prisionais femininas ou mistas. Assim, vê-se que apenas 269 encarceradas tinham seus direitos assegurados, correspondendo a apenas metade do total de gestantes e lactantes.

Ainda em relação a arquitetura prisional adequada às presas e seus filhos, apenas 3%

17 BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

18 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

19 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Art. 11: “A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa”.

20 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

21 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

22 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>.

Acesso em: 14 out. 2018.

23 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

dos estabelecimentos prisionais declararam contar com o espaço de creches, destinados a receber crianças acima de dois anos, sendo nove o número das unidades que têm este tipo de espaço, somando, assim, uma capacidade total para receber 72 crianças.

Na Paraíba, em relação aos dados do ano de 2016, havia 14 gestantes e 11 lactantes privadas de liberdade. Dentre esse número, apenas 12 mulheres, correspondente a 86% do total das gestantes e lactantes, teriam acesso às celas adequadas para suas necessidades.

Em relação ao número de berçários ou centro de referência materno-infantil, o estado, nos dados mais atualizados, apresentava, à época, a quantidade de duas unidades com este tipo de espaço apropriado, representando 40% de todas as unidades, o que corresponde a capacidade de receber adequadamente apenas 11 bebês. Insta salientar que, na Paraíba, nenhuma unidade prisional dispunha de creche²⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 9º, versa que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”²⁵, sendo garantida, conforme o art. 19, § 4º, do diploma, a convivência com a prole “por meio de visitas periódicas ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independente de autorização judicial”²⁶.

No âmbito internacional, as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas (Regras de Bangkok), como um documento de normas supraleais, versam sobre “as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário”²⁷.

Algumas regras específicas sobre o tema merecem especial destaque, a exemplo da Regra 6.23.1 do referido documento, que, por sua vez, versa sobre a necessidade de existência de “instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de

24 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

25 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

26 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

27 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília, DF, 2016, p. 10. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

dar à luz e das convalescentes”²⁸ nos estabelecimentos penitenciários para mulheres.

No mesmo sentido, a Regra 6.b.10 preceitua que “serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade”²⁹, havendo, ainda, a previsão que os “instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior”³⁰ (Regra 7.c.24, Regras de Bangkok).

O tópico 3 do documento internacional, intitulado como *Mulheres Gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão*, traz, na Regra 49, que “as decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança”³¹, tendo em vista que, conforme a Regra 50, as encarceradas “deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles”³², não devendo as crianças jamais serem tratadas como presas.

A Regra 51, do mesmo diploma, preceitua que as crianças, que vivem com as mães na prisão, deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários, devendo o ambiente oferecido para a educação dessas crianças ser o mais próximo possível ao que teriam fora da prisão³³.

No mesmo sentido, o art. 12.2 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, do ano de 1979, preceitua a garantia de assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, assegurando-lhes uma nutrição adequada durante a gestação e lactância³⁴.

Ademais, conforme a Regra 52 do documento de Bangkok, a decisão da separação da mãe e de seu filho será feita casuisticamente e fundada no melhor interesse do infante, devendo tal remoção ser conduzida com delicadeza e, uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão

28 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília, DF, 2016, p. 23. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aab3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

29 Ibid., 2016, p. 24.

30 Ibid., 2016, p. 27.

31 Ibid., 2016, p. 34.

32 Ibid., 2016, p. 34.

33 Ibid., 2016, p. 35.

34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.** 1979. Art. 12.1. “Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância”.

oferecidas às presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com sua prole³⁵.

Ocorre que, não obstante os diversos institutos para garantir os direitos fundamentais dos presos em todo o País e, em especial, das grávidas, mães de crianças e mulheres puérperas apenadas, o que está disposto nas diversas legislações não vem sendo concretizado, incluindo as Regras de Bangkok.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos³⁶.

Assim, ante a real necessidade de criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, faz-se necessário uma pequena abordagem sobre o problema sob o viés da redução do encarceramento provisório. Desse modo, as soluções judiciais que facilitem a utilização de alternativas penais ao encarceramento devem ser priorizadas, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado³⁷.

2.2 DAS CONCEPÇÕES MORAIS E SEXISTAS NO CÁRCERE FEMININO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Desde a época mais remota da história da humanidade, a mulher costumeiramente aparece discriminada em razão de seu sexo, caracterizando-se o sistema patriarcal como a regra do mundo ocidental. Tratada como inferior, era comum o entendimento das mulheres não terem poderes, direitos políticos, liberdade, espaço público ou reconhecimento de suas capacidades.

Essa situação de inferioridade tem, claramente, reflexos no direito penal e na criminologia, posto que o crime foi vinculado com mais especificidade ao agente masculino, enquanto que não percebia a mulher como possível sujeito ativo dos delitos. Desse modo, havia a busca de algo atípico que teria relação com a natureza dos instintos estimulados pela

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília, DF, 2016, p. 35. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aab3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

36 Ibid., 2016, p. 7.

37 Ibid., 2016, p. 10.

desconformidade com os padrões de socialização que marcavam os valores femininos³⁸.

Para as mulheres, os mecanismos de intervenção atinentes a punição estatal apresentam algumas particularidades, haja vista que, numa perspectiva da cultura patriarcal, a transgressão feminina aparenta ser maior do que a masculina. Por isso, o aprisionamento acaba por reafirmar o sexismo da lógica patriarcal de estruturação social, nesse modelo correcional, que encontra nos corpos femininos o *locus* ideal de controle e cura³⁹.

Com o perpassar dos anos, as questões referentes a igualdade de gênero têm ocupado cada vez mais espaço na agenda pública nacional, tanto no que se refere aos debates e reflexões promovidos pelo movimento social e pela academia quanto na apropriação dos temas pelas instituições do Estado, devendo, para enfrentar as desigualdades, ser adquirido o conhecimento de como estas se reproduzem⁴⁰, não sendo diferente com o cárcere feminino.

As mulheres sofreram um quadro de discriminação histórica, que resultam em formas de desvantagem sistemática, incrementando os dados relativos a violência física, sexual, psicológica, bem como de outros tipos de abusos. Estes riscos são acentuados quando as mulheres estão privadas de sua liberdade e sob o controle das autoridades do Estado, salientando-se que, no contexto da privação de liberdade, estas estão sob completo poder dos agentes estatais e em situação de desamparo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) indica diversas consequências enfrentadas pelas mulheres privadas de liberdade, como a inexistência de centros de detenção próprios; inadequada infraestrutura penitenciária, considerando sua condição de gênero; a falta de tratamento médico de acordo com a sua condição de gênero; a maior dificuldade para sua reinserção social; a ausência de perspectiva de gênero na compilação de dados relacionadas com a privação de sua liberdade; e a sujeição a formas de violência, como o abuso sexual⁴¹.

No Brasil, o encarceramento de mulheres é um fenômeno que vem aumentando significativamente nas últimas décadas⁴², trazendo impacto para as políticas de segurança,

38 CEZIMBRA, Gabriela Souza; TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos. Delinquência Feminina, criminologia e política criminal: uma abordagem crítica com perspectiva de gênero. In: **Criminologias e política criminal**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 251-269.

39 PIMENTEL, Eliane. As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. In: **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Associação Brasileira das Editoras Universitárias, 2017, p. 174.

40 BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Dossiê mulheres negras**: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília, DF, 2013, p. 7/9. Disponível em: < http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_dossie_mulheres_negras.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

41 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 127/128.

42 Cf. Capítulo 2.

administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade de gênero. Este conjunto de questões deve merecer a atenção do Estado e da sociedade civil, levando a uma intensa produção normativa, de pesquisas e debates, bem como de dados oficiais para entender essa realidade tradicionalmente negligenciada⁴³.

Assim, faz-se necessário o enfrentamento da problemática do papel da criminologia na reprodução das desigualdades de gênero, a partir do discurso criminológico sobre a mulher, constituído em uma base de estrutura social marcada pela dominação masculina e submissão feminina, mantida por um trabalho coletivo, que envolve instituições formais e informais de controle social, como a família, a igreja, o Estado e o Direito⁴⁴.

Para tratar do cárcere feminino como um mecanismo sofisticado de controle dos corpos das mulheres, indispensável o resgate das condições de opressão destas na vida social. Na atualidade, há a reprodução desta opressão, visto que as prisões são dificilmente planejadas, estruturadas e geridas a partir das demandas das mulheres, em sua pluralidade e diversidade⁴⁵ e o exercício do poder punitivo, diante do cometimento de crime, representa mais do que a retribuição pela violação de uma norma jurídico-penal ou pelos danos causados a alguém.

Dessa forma, em nossa sociedade, a transgressão da lei penal por uma mulher caracteriza-se como uma reprimenda pelo descumprimento de normas de gênero que situam mulheres nos espaços domésticos (com papéis bem definidos e delimitados), o que, por conseguinte, implica que a violação das regras implícitas define a prisão como um não-lugar para o feminino⁴⁶.

Ainda, a prisão reproduz as violências vivenciadas pelas apenadas antes do aprisionamento em um sistema patriarcal, restando caracterizada a ineficácia do sistema que não garante a proteção necessária para que seja evitado o ingresso dessas mulheres na prática de atos delituosos, ignorando-se os impactos tanto para o contexto social quanto para as políticas de administração penitenciária e de segurança pública⁴⁷.

43 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília, DF, 2016, p. 9. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

44 CHAI, Cássius Guimarães; PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Curitiba, v. 2, n. 2, jul/dez. 2016, p. 131/151.

45 PIMENTEL, Eliane. As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. In: **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Associação Brasileira das Editoras Universitárias, 2017, p. 173/174.

46 Ibid., 2017, p. 174

47 MARTIL, Daiana Maturano Dias; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Encarceramento feminino: a (in)eficácia da política criminal enquanto violadora de direitos**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 &

Nesse ínterim, as particularidades do cárcere feminino evidenciam as situações insalubres e desumanas das prisões brasileiras, permitindo que haja a violência real e simbólica sobre as mulheres, indo de encontro aos diversos direitos e garantias fundamentais amparados por nosso ordenamento jurídico.

O sexismo patriarcal está evidenciado em aspectos variados que simbolizam um projeto de deterioração das identidades das presas, a exemplo de que estas, quando encarceradas, devem dispor de todas as suas vaidades, geralmente atribuída ao gênero feminino, tendo em vista a representação do perigo desta característica em um lugar não projetado para mulheres.

Além disso, as relações sociais com o mundo exterior são profundamente fragilizadas e, em especial, na dimensão afetiva, comum são os relatos de distanciamento dos filhos por dificuldades financeiras dos parentes ou por indignação destes pelo delito cometido, afetando radicalmente o exercício da maternagem.

A realidade das gestantes em estabelecimentos prisionais já foi objeto de diversos trabalhos, como o capítulo do livro “Prisioneiras”, intitulado como “Os filhos”, em que há o relato do autor em suas visitas a penitenciárias femininas:

Quando cheguei à penitenciária, as mulheres ficavam apenas dois meses com a criança, contraposição injustificável às diretrizes do Ministério da Saúde, que recomenda pelo menos seis meses de amamentação exclusiva. Quando a Justiça se deu conta da injustiça que é punir um bebê pelos erros cometidos pela mãe, o período de seis meses passou a ser respeitado. As celas para onde as mães são transferidas ao dar à luz contêm um bercinho e prateleiras com mamadeiras e fraldas, roupinhas penduradas para secar em varais de barbante e boa parte dos utensílios das casas com um recém-nascido. Passam o tempo todo envolvidas com a criança, dando de mamar, lavando roupa, trocando experiências com as companheiras, as mais velhas orientando as marisqueiras de primeira viagem. Quando menos esperam, vem a separação. De uma hora para a outra, voltam ao pavilhão de origem e à rotina dos dias repetitivos que se arrastam em ócio, gritaria, tranca, solidão e saudades do bebê que acabaram de perder de vista⁴⁸.

Ainda, há o abandono afetivo por parte dos companheiros, de modo que até a sexualidade das presas é reconfigurada, explicando-se as relações homoafetivas que são estabelecidas no interior do cárcere, as quais são cuidadosamente controladas pelos gestores, o que revela, mais uma vez, o controle patriarcal sobre os corpos femininos.

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. Enquanto estiver

13th Women's Worlds Congress. Florianópolis, 2017, p. 3/4.

48 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 45.

preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio de São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida. Chova, faça frio ou calor, quem passa na frente de um presídio masculino nos fins de semana fica surpreso com o tamanho das filas, formadas basicamente por mulheres, crianças e um mar de sacolas plásticas abarrotadas de alimentos. Já na tarde do dia anterior chegam as que armam barracas de plástico para passar a noite nos primeiros lugares da fila, posição que lhes garantirá prioridade nos boxes de revista e mais tempo para desfrutar da companhia do ente querido⁴⁹.

O campo do trabalho também tem suas peculiaridades, haja vista que o cotidiano prisional reproduz os papéis atribuídos ao feminino na divisão sexual, a exemplo de presas em trabalhos relativos a cozinha e faxina, sendo raros os casos de oferta de trabalho intelectualizado⁵⁰.

Pois bem, antes de adentrar na problemática da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se tecer sobre a cultura do aprisionamento em massa, fazendo alusão a Constituição Federal, em que há a elevação da presunção de inocência como princípio fundamental.

Em que pese o clamor midiático e social para intensificar o rigor punitivista estatal, ante os altos índices de violência urbana, fica caracterizada a utilização ilegítima e banalizada do instituto da prisão cautelar, devendo-se salientar que o *status libertatis* é a regra no nosso ordenamento jurídico. Assim, a crise do sistema penitenciário resta configurada, em que grande parte da população carcerária é provisória e a privação de liberdade para os presos provisórios transforma-se em uma prisão pena.

No ano de 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório referente ao tema, recomendou aos Estados a intensificação dos esforços e a assunção da vontade política necessária para erradicar o uso da prisão preventiva como forma de pena antecipada ou ferramenta de controle social, devendo haver o uso racional do decreto prisional preventivo e o respeito ao direito à presunção de inocência⁵¹.

Deve-se entender que a prisão cautelar, como o meio mais viável a legitimar o cárcere em massa, não fornece a resposta que a sociedade espera do sistema penal, posto que o norte deve ser um Poder Judiciário menos burocrático e pautado nos direitos e garantias fundamentais ao preso, visto que a privação de liberdade deve ser considerada a *ultima ratio*.

A cultura do aprisionamento gera uma série de consequências práticas relevantes no

49 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 38.

50 PIMENTEL, Eliane. As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. In: **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Associação Brasileira das Editoras Universitárias, 2017, p. 173/174.

51 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 59.

reconhecido estado caótico do cárcere brasileiro, como o mencionado aumento progressivo da população no sistema prisional feminino, as deficiências de assistência em todos os âmbitos, o grande contingente de prisões provisórias, bem como o aumento do risco de contágio de doenças infectocontagiosas e a ausência de vagas em regime mais benéfico.

Isto posto, para aprofundar o tema do presente trabalho, indispensável o estudo do instituto protagonista do encarceramento em massa (a prisão cautelar) e, em específico, a preventiva, bem como o procedimento que deve ser utilizado para evitar irregularidades, tendo em vista que, como tratado, conforme os dados obtidos no relatório divulgado pelo INFOPEN Mulheres, pouco menos da metade das presas são provenientes de prisões provisórias.

3 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da cultura do encarceramento, é comum o acontecimento de presas preventivas serem, ao final do processo, absolvidas ou terem a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Assim, perante as graves violações dos direitos das presas e a possibilidade de manutenção do decreto prisional preventivo, deve-se estudar o presente instituto, analisando, de início, seus pressupostos e fundamentos, tendo em vista que a reprimenda deve ser adotada como medida excepcional e justificada apenas quando cumpridos os parâmetros legais aplicáveis a cada caso concreto.

A doutrina majoritária considera que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, fundamentalmente, três espécies de prisão: a extrapenal (apresentando como subespécies a prisão civil e a militar); a prisão pena ou penal, decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado; e, por fim, a prisão cautelar, provisória ou processual⁵², objeto do presente capítulo.

A prisão cautelar é modalidade decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e tem como intuito a garantia da eficácia das investigações ou do processo criminal. Para que seja aplicada de forma legítima, deve haver o preenchimento dos requisitos genéricos de necessidade e adequabilidade, ou seja, da indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, bem como a justaposição entre o fato criminoso e seu autor em confronto com a exigência restritiva a ser feita⁵³.

Esta modalidade de prisão apresenta, como subespécies, as prisões em flagrante⁵⁴, temporária⁵⁵ e preventiva. Examinando esta última espécie de prisão cautelar, a privação de

52 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 863.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 532.

54 É modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa e, conforme preceitua o art. 301 do Código de Processo Penal, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e agentes deverão prender quem for encontrado em flagrante delito. O art. 302 do referido diploma legal versa, em seus incisos, as situações em que considera-se flagrante delito, quais sejam: quem está cometendo a infração penal; quem acaba de cometê-la; quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

55 É modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, cujo escopo é assegurar a eficácia da investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Prevista na Lei 7.960/89, o art. 1º da referida lei preceitua que a prisão temporária poderá ser decretada nas seguintes situações: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor;

liberdade preventiva pressupõe a existência do *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*), significando o risco de que a liberdade do agente venha causar à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória, bem como do *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*), consubstanciado na possibilidade de que o agente tenha praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime no caso concreto⁵⁶.

No texto do art. 282 do Código de Processo Penal⁵⁷, as medidas cautelares serão aplicadas observando a necessidade para aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, bem como para evitar a prática de infrações penais. Do mesmo modo, a medida deve-se adequar à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁵⁸. Nesse sentido, conforme o § 6º do art. 282, do referido diploma legal, “a prisão será determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra cautelar”⁵⁹, sendo, desse modo, considerada como *ultima ratio* do sistema.

Conforme o art. 311 do CPP⁶⁰, a referida subespécie de prisão cautelar é decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal. Destaque-se que, após iniciado o processo, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado ou pelo Relator, nos processos de

rapto violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na Lei de Terrorismo.

56 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, 663.

57 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 282: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

58 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 312, parágrafo único: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

59 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

60 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 311: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

competência originária dos Tribunais.

Analizando a legislação vigente, infere-se que a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício na fase investigatória, porém, quando provocada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do ofendido, poderá ser determinada *ex officio*, desde que a supressão da liberdade do denunciado seja necessária para a preservação da prova, ao resultado do processo ou a própria segurança da sociedade⁶¹.

Há algumas situações em que o decreto prisional preventivo poderá ser imposto, a saber: quando substituir a medida cautelar eventualmente descumprida; em qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente; ou nas situações de conversão da prisão em flagrante, quando as outras medidas cautelares forem reconhecidas como insuficientes ou inadequadas. De outra banda, não será cabível para os crimes culposos ou quando não prevista pena privativa de liberdade para o delito⁶².

Fazendo uma leitura constitucional do instituto, a prisão preventiva mostra-se como “medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator”⁶³, o que não vem sendo cumprido, tendo em vista o grande número de mulheres encarceradas que cumprem a pena como se fossem definitivas.

Desse modo, salutar o entendimento de que a referida medida apenas deve ser tomada quando forem preenchidos os requisitos legais, ocorrerem os motivos autorizadores listados em lei, bem como quando as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes.

3.1 DOS PRESSUPOSTOS DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está condicionada ao *fumus boni iuris*, denominado de *fumus comissi delicti*, fundado na existência do crime e no indício de autoria⁶⁴, bem como na

61 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 956/965.

62 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 261.

63 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1252.

64 A decretação da prisão preventiva e, consequentemente, anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não obsta a concessão antecipada dos benefícios da execução da pena, como a progressão de regime. Desse modo, o princípio constitucional da não culpabilidade ou presunção de inocência e da vedação à execução provisória da pena, não impediria a antecipação dos benefícios da execução definitiva.

65 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 665.

existência do *periculum in mora* (*periculum in libertatis*), devendo a aparência do delito “estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória”⁶⁶.

A prova da existência do crime é baseada em documentação que demonstra a efetiva ocorrência da infração penal, utilizando o termo “materialidade” apenas quando tratar-se de infrações que deixam vestígios. Os indícios de autoria são aqueles baseados em fatores concretos indicativos de que o indivíduo possa ter praticado a infração penal apurada, não se demandando, neste juízo provisório, prova plena das evidências, uma vez que este grau de certeza é exigido apenas na ocasião da análise do mérito da ação penal⁶⁷.

Nesse ínterim, entende o Supremo Tribunal Federal que não constituem fundamentos idôneos ao decreto prisional preventivo: o clamor público provocado por fato atribuído ao réu, como a repercussão nos meios de comunicação em massa; a ausência de demonstração de interesse do interrogado em colaborar com as investigações; a afirmação infundada de que o acusado é capaz de influenciar as testemunhas e interferir nas provas; ou a transgressão do cumprimento de decreto anterior ilegal de prisão processual pelo acusado⁶⁸.

Preceituado no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal⁶⁹, o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, indispensável para a decretação da prisão preventiva, é conceituado como “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo”⁷⁰, podendo a medida ser fundamentada na garantia da ordem pública, na ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e, por fim, nos casos em que haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas por outras medidas cautelares.

Fica evidente, ainda, a desnecessidade da presença concomitante de todos os fundamentos listados, bastando um deles para que o decreto prisional seja determinado e, caso mais de um esteja presente, deverá o magistrado fazer menção a cada um deles no bojo da decisão, de forma a conferir mais legitimidade à determinação judicial.

Para a decretação da referida privação de liberdade preventiva, o magistrado verificará o tipo penal atribuída ao agente, aferindo a possibilidade da prisão preventiva. Em

66 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 262.

67 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 668/669.

68 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 966/967.

69 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 312, *caput*: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

70 LOPES Jr., Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 657.

seguida, analisará os elementos que apontem no sentido da presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, da prova da existência do crime e dos indícios de autoria e, por fim, a presença do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que acarretará a permanência do suspeito em liberdade⁷¹.

3.2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL PREVENTIVO

O art. 312 do Código de Processo Penal, como exposto, preceitua que a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”⁷², sendo necessária a análise de cada um destes fundamentos, de modo a evitar decretos prisionais arbitrários.

A garantia da ordem pública é considerada a espécie mais ampla de fundamentação da prisão preventiva, podendo ser visualizada por vários fatores da sociedade, tais como, a gravidade concreta da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente. Conforme a jurisprudência pátria mais recente, também caracteriza este fundamento o envolvimento do agente com organização criminosa e a execução de alguns crimes (premeditados meticulosamente, com percurso criminal complexo, ou de extrema crueldade)⁷³.

Esclareça-se que o clamor público na mídia em relação aos crimes que ganham certo destaque e que comovem multidões⁷⁴, provocando, assim, abalo à credibilidade do Poder Judiciário, bem como os antecedentes criminais desfavoráveis ao agente não seriam capazes de lastrear validamente o decreto prisional preventivo⁷⁵.

O entendimento traçado pela doutrina majoritária vislumbra o caráter cautelar desta prisão, haja vista a sua utilização frente ao risco de reiteração de ações delituosas do acusado,

71 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 968.

72 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 471/473.

74 Quanto a garantia da ordem pública, com base na exposição do acusado pela mídia, Tourinho Filho ressalta que a perigosidade do réu, os espalhafatos da mídia, bem como as reiteradas divulgações pela rádio ou televisão serviriam como base para a prisão preventiva, podendo-se ajustar à expressão genérica “ordem pública”, não passando a medida aplicada, nestes casos, de execuções sumárias, uma vez que os réus são condenados antes de ser julgados, não guardando tais situações a ideia de cautelaridade. Dessa forma, o autor entende que, nessas ocasiões, a medida cautelar configura-se como abuso de autoridade e ofensa à Constituição Federal, ferindo, assim, a presunção de inocência (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003).

75 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1346.

“seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime”⁷⁶.

A expressão “garantia da ordem pública” sofre uma série de críticas, visto que não cumpre o seu papel legítimo, não servindo, diante da sua vaguidade e de seu sentido, como pauta mínima para a decretação da prisão preventiva. Assim, entendem os tribunais pátrios na perspectiva de que este fundamento, para ser utilizado na decretação da prisão preventiva, deve ser interpretado contextualmente, o que, ante a sua abertura, pode contribuir para a cultura do encarceramento.

A intolerância discriminatória, seja em relação à raça, gênero ou orientação sexual, tem demonstrado os enormes riscos da prática de violência, individual e social, contra pessoas e grupos identificados, como as presas em situação de vulnerabilidade. Desse modo, deve a privação de liberdade apenas ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos (em relação à pena ou os meios de execução), quando houver risco de novas investidas criminosas, ou na constatação de uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade⁷⁷.

Para a decretação desta subespécie de prisão cautelar, não devem bastar “ilações abstratas sobre a possibilidade de que venha o agente a delinquir, isto é, sem a indicação concreta e atual da existência do *periculum in mora*”⁷⁸, sendo necessária a exposição de fundamentos que possam demonstrar a necessidade da restrição cautelar.

A garantia da ordem econômica foi inserida no Código de Processo Penal pela Lei 8.884/94 (Lei antitruste)⁷⁹, com o intuito de coibir os abusos à ordem econômica, e mantida pela Lei 12.403/11, como um dos fundamentos da privação de liberdade preventiva.

Variável da ordem pública, a garantia da ordem econômica, está relacionada a uma categoria determinada de crimes e possibilita a prisão no risco de reiteração delituosa quanto a “infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da

76 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 962.

77 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 265.

78 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 669

79 Esta lei, conforme o texto do art. 1º, *caput*, dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, tendo sido revogada pela Lei 12.529/11.

concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º)”⁸⁰⁸¹.

No mesmo sentido, conforme versa o art. 36 da Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constituem infrações da ordem econômica as que objetivem limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre-iniciativa ou concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante⁸².

A prisão preventiva é fundada não somente na magnitude da lesão causada, mas também na necessidade de resguardar a credibilidade das instituições públicas, exigindo-se mais do que o enquadramento da conduta nos crimes supracitados, sendo preciso que a “gravidade da infração, a repercussão social causada e a probabilidade de reiteração da conduta criminosa imponham a medida como fator de tranquilidade e restabelecimento da paz social”⁸³.

O terceiro fundamento da prisão preventiva é o da conveniência da instrução criminal, tendo caráter evidentemente instrumental, porque se dirige diretamente “à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal)”⁸⁴.

Este fundamento será utilizado com o intuito de direcionar a tutela da livre produção probatória, impedindo que o agente ameace o desenvolvimento regular do processo quando houver “indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal”⁸⁵.

A prisão preventiva com o intuito de segurança de aplicação da lei penal, assim como a que busca garantir a instrução processual, tem caráter evidentemente instrumental, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal, pois contempla “as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não

80 BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

81 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 969.

82 BRASIL. **Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011**.

83 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 670.

84 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1256.

85 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 969.

aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória”⁸⁶.

Da mesma forma que todos os outros fundamentos do decreto prisional preventivo, a aplicação deste não pode ser resultado de abstrativismos, ante a necessária “demonstração da sua real intenção de se furtar à persecução criminal do Estado, obstaculizando, assim, a aplicação da lei penal”⁸⁷. Assim, não deve servir como lastro para a decretação as possibilidades em razão da condição econômica do réu e sua ausência no interrogatório.

Repise-se que os elementos das medidas cautelares diversas da prisão, versados nos arts. 319 e 320 do CPP, a exemplo da monitoração eletrônica e a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, devem ser considerados com suas diferentes gradações. A prisão preventiva, com fundamento da segurança de aplicação da penal, será utilizada como *ultima ratio* do sistema, haja vista o ordenamento jurídico dispõe do instituto da condução coercitiva.

3.3 DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS

Superados os tópicos anteriores e analisando todas as premissas expostas, faz-se necessária a indagação: há a probabilidade da privação da liberdade ser tomada em outros sentidos, que não os dispostos pela lei, atribuindo-se de forma distorcida e, por conseguinte, transgredindo o caráter eminentemente instrumental do decreto prisional preventivo?

No momento atual, com o intuito de combate ao crime, nota-se uma diminuição das garantias fundamentais insertas na Constituição Federal, impulsionando a prática de condutas irrazoáveis por parte do Estado, em que há o comportamento dos magistrados como agentes de segurança pública, e não como servidores públicos a serviço da sociedade.

Diante desta sistemática processual, não se pode imaginar que o decreto prisional preventivo sirva como medida de defesa social, resumindo-se, simplesmente, em mecanismo de controle da sociedade, fundado no clamor público ou, ainda, no perigo de fuga do acusado.

Resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior, para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático-constitucional). Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais,

86 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 263.

87 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 671.

especialmente a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida⁸⁸.

O art. 313 do Código de Processo Penal preceitua que, presentes os pressupostos e fundamentos, admitir-se-á a prisão preventiva nas hipóteses de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; quando o agente for reincidente em crime doloso; em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não tiver elementos suficientes para esclarecê-la⁸⁹.

Conforme versa o artigo seguinte do diploma processual penal, corroborado com o entendimento da jurisprudência pátria, há alguns casos em que não é admissível a decretação da prisão preventiva: prática de contravenções penais; quando houver provas de que o agente tenha agido sob a égide de excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) ou de culpabilidade, conforme o entendimento da doutrina; e nos crimes culposos⁹¹.

Com o entendimento de que a prisão preventiva apenas poderá ser decretada quando presentes os requisitos em lei, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação⁹², o art. 315 do CPP determina que as decisões devem ser fundamentadas. Assim, decisões “com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão”⁹³.

A obrigatoriedade de que a decisão seja motivada não significa, necessariamente, decisão extensa, podendo o juiz motivar objetivamente “desde que externar as razões de seu convencimento, de forma a permitir que a defesa possa apresentar argumentos contrários em

88 LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

89 A prisão preventiva com o objetivo de conhecer a identidade do indivíduo só é aceitável no caso de fracasso das diligências policiais que devem ocorrer previamente e, mesmo assim, devendo o tempo limite de cárcere ser o estritamente necessário para se obter sua identificação, conforme o parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal.

90 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

91 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 314, *caput*: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

92 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 673/682.

93 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1265.

eventual impugnação com que venha a ingressar”⁹⁴.

Norteadas pela cláusula *rebus si stantibus*, o art. 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a possibilidade de revogação da prisão preventiva. Assim, a decisão judicial que “decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão deverá ser reflexo da situação existente no momento em que proferida, persistindo o comando a ela inserido enquanto esse mesmo contexto fático se mantiver”⁹⁵. Da mesma forma, pode-se haver a redcretação da prisão, desde que sobrevenham razões que a justifiquem.

Em que pese alguns posicionamentos contrários em nosso ordenamento jurídico, de modo a corroborar com este entendimento, o excesso de prazo deve ser interpretado pelo cômputo *in totum* da permanência do indivíduo na prisão cautelar, e não pela individualização dos fundamentos da decretação da preventiva. Assim, se o réu estivesse detido para preservação da instrução criminal e a prisão fosse relaxada por excesso de tempo, não caberia ao juiz, na sequência, renovar o decreto prisional preventivo com o intuito de garantia da ordem pública⁹⁶.

Pois bem, por diversas vezes, a prisão preventiva é utilizada para fins ilegítimos, uma vez que esta medida, no reconhecido caótico sistema carcerário brasileiro, transmuta-se em pena definitiva, e não como medida cautelar excepcional. Muitas vezes, estes indivíduos encarcerados não possuem seus direitos e garantias constitucionais efetivados pelo ordenamento jurídico interno, ficando a mercê de um sistema punitivista.

Essa problemática é agravada no sentido de que, no processo penal comum brasileiro, há absoluta indeterminação acerca do prazo de duração da prisão preventiva, isso porque, ao contrário da prisão temporária, que possui prazo prefixado, o ordenamento jurídico não preceitua prazo determinado para a preventiva⁹⁷.

Seguindo essa linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) indicou, durante a etapa prévia ao julgamento que se destina a reduzir a superlotação, a adoção de medidas tendentes a diminuir o emprego e a duração da detenção preventiva, dando enfoque a compreensão técnica da natureza do problema da criminalidade, do funcionamento eficaz do sistema de justiça penal e das estratégias gerais de prevenção do crime⁹⁸.

94 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 682.

95 Ibid., 2017, p. 683.

96 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1266/1267.

97 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1291.

98 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 40.

Pautando-se nos diversos princípios que devem nortear a legislação penal e processual penal, bem como o da dignidade da pessoa humana, o magistrado, ao aplicar a medida excepcional de prisão preventiva, deve fazer um juízo de razoabilidade. Ocorre que a grande celeuma está fundada nas hipóteses em que ficará caracterizado o excesso de prazo na medida preventiva, tendo em vista que esta deve perdurar enquanto continuarem que fundamentarem as razões do decreto prisional.

Com o perpassar dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos são cometidos, em violação à natureza provisória da prisão cautelar, violando a presunção da inocência e o direito a duração razoável do processo, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁹, ressaltando-se que, conforme os dados expostos, 45% da população carcerária feminina é decorrente de prisões provisórias¹⁰⁰.

Há a tendência da jurisprudência no sentido de haver a necessidade de um senso jurídico em que se considera como excesso de prazo apenas quando a demora do processo não for justificada¹⁰¹, restando caracterizada nos casos em que a mora processual seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação; resulte da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável duração do processo; ou quando incompatível com o princípio da razoabilidade¹⁰².

Verificada a ilegalidade da prisão no caso concreto, a prisão deve ser relaxada por meio de *habeas corpus*, seja *ex officio*, pelo tribunal, bem como na apreciação de eventual recurso¹⁰³, não tendo, em regra, imposições de ônus ao acusado. Nesse caso, é possível a submissão de algum tipo de obrigação, caso esta assegure a eficácia das investigações ou do processo criminal¹⁰⁴.

Desse modo, ante a utilização da prisão preventiva como forma de pena antecipada,

99 Ibid., 2017, p. 1291.

100 Cf. Capítulo 2.

101 Há algumas súmulas do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre o tema, em que há a tentativa de estabelecer critérios objetivos para o excesso de prazo das prisões cautelares, não havendo a possibilidade de alegação da ilegalidade, como a Súmula 21/STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”, a Súmula 52/STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” e a Súmula 64/STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.448/RJ**. Paciente: Jairo Sodre Bessil. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099172>>. Acesso em: 21 out. 2018.

103 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 269.

104 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1304.

torna-se necessário o exame em relação a proteção dos direitos fundamentais dos socialmente vulneráveis, do desenvolvimento íntegro do processo, do funcionamento das instituições processuais e dos interesses da persecução penal, bem como da análise dos requisitos e dos fundamentos da prisão preventiva para, ao final, haver o mais coeso exercício do *ius puniendi*.

Após a reforma preconizada pela Lei 12.403/11 ao art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, preceituando que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”¹⁰⁵, a exemplo do comparecimento periódico em juízo ou a proibição de ausentar-se do País, verifica-se que a intenção do legislador de reduzir as prisões preventivas decretadas não foi efetivada.

Nesse sentido, dever-se-ia considerar o rol de medidas cautelares dos arts. 319 e 320 do diploma processual penal com diferentes gradações, conforme o grau e a intensidade da necessidade, de modo a “escolher entre a medida cautelar (situações mais leves) e a prisão preventiva (casos mais graves)”¹⁰⁶, o que não vem acontecendo, tendo em vista que, no nosso sistema pautado pelo encarceramento em massa, a solução para os transgressores de crimes mostra-se tão somente com o aprisionamento.

A CIDH, conforme seu relatório do ano de 2013, indicou que a adoção de políticas criminais e reformas legislativas que propõem índices mais altos de encarceramento, como solução ao crime, é um dos grandes fatores que incidem no uso não excepcional da prisão preventiva. Este entendimento estabelecido fica evidenciado quando tem-se, por exemplo, a alta taxa de encarceramento de pessoas envolvidas com crimes relacionados ao consumo de drogas, que incluem uma presunção de flagrância ampla e cronologicamente indefinida¹⁰⁷.

Para melhor entender as questões postas, torna-se indispensável a análise das implicações que o Estatuto da Primeira Infância conferiu ao instituto da prisão preventiva, tendo em vista que, com a edição da referida legislação, possibilitou-se a substituição da prisão preventiva em domiciliar nos casos em que a presa for gestante, tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, o que implica diretamente no objeto da presente pesquisa.

105 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

106 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 473.

107 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 59/60.

4 O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA (LEI 13.257/16) E A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA

Diante da realidade caótica do sistema carcerário brasileiro e a preocupante vivência dos menores no ambiente prisional, haja vista a falta de condições adequadas para o exercício da maternagem, o legislador editou diversas regras com o intuito de assegurar o desenvolvimento saudável destes sujeitos de direitos. Desse modo, surge o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16) que, ao tutelar a proteção das crianças, pautado na primazia dos direitos destes indivíduos, conferiu diversas mudanças na realidade da aprisionada.

Conforme o art. 1º do Estatuto da Primeira Infância, foram estabelecidos princípios e diretrizes para a “formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e do ser humano”¹⁰⁸, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Verifica-se que a legislação específica, que trata sobre as crianças e os adolescentes, foi grande referência na edição do referido Estatuto, posto que, conforme o art. 5º do ECA, nenhuma criança “será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”¹⁰⁹.

A definição do período da “primeira infância”, cuja expressão está referida na denominação da legislação, está disposta no art. 2º da Lei 13.257/16, como aquele compreendido entre o nascimento da criança até os seus primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida¹¹⁰. Assim, deve-se assegurar, conforme o art. 3º do ECA, além de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”¹¹¹.

A legislação em comento tem como princípio basilar o da proteção integral ou da prioridade absoluta, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal¹¹², uma vez que o

108 BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei 13.257, de 8 de março de 2016.

109 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

110 BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei 13.257, de 8 de março de 2016.

111 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

112 BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e

ordenamento jurídico brasileiro normatiza todos os aspectos da vida da criança e do adolescente, modificando o entendimento anterior da doutrina da situação irregular, que tinha como escopo a disciplina de questões ligadas apenas aos menores em “situações irregulares”¹¹³.

Ademais, outro princípio basilar do direito da infância e da juventude é o do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que estes são considerados como sujeitos de direitos, “e não como objetos de direitos, decorrência, aliás, da doutrina da proteção integral e dos direitos humanos, sendo certo que, no convívio familiar, apresentam prioridades diante de suas necessidades especiais”¹¹⁴.

A Lei 13.257/2016, considerada parte de um conjunto de ações governamentais integrantes do reconhecido Marco Regulatório da Primeira Infância, foi editada com o intuito de criação de mecanismos para facilitação do desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, os quais deverão ser estabelecidos com a ajuda do Estado, com o dever de estabelecer políticas, serviços e programas¹¹⁵.

Ainda, há outras motivações para a edição da legislação, como a valorização da família nuclear (muitas vezes monoparental) e a inserção da mulher nos vários campos da atividade econômica, social, cultural e política; a efetivação da justiça social, haja vista que algumas crianças, ao disporem de condições econômicas favoráveis, têm ambientes mais estimulantes de desenvolvimento na família e em instituições; e a justificação pedagógica e econômica.

Por fim, o propósito mais acentuado seria o fortalecimento do rol de direitos fundamentais, que devem ser assegurados com absoluta prioridade, possibilitando que as crianças vivam a infância como valor em si mesmo, em que suas necessidades sejam atendidas e criadas condições adequadas para que alcancem progressivos graus de desenvolvimento à vida adulta, assegurando-se maior grau de proteção e prioridade absoluta,

à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

113 ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15.

114 DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 23.

115 De acordo com o art. 8º do Estatuto da Primeira Infância:

Art. 8º O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A União buscará a adesão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores. (BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei 13.257, de 8 de março de 2016).

de maneira que se formem como cidadãos¹¹⁶.

Os objetivos das políticas públicas ao atendimento da criança estão versados no art. 4º da Lei 13.257/16, sendo abarcado o atendimento ao interesse superior desta e a sua condição de sujeito de direitos e de cidadã; o respeito à individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorização da diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre seus contextos sociais e culturais; e, por fim, a redução das desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância¹¹⁷.

O art. 5º do Estatuto da Primeira Infância, fundado no art. 4º, *caput*, do ECA¹¹⁸, versa sobre as áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância, trazendo como exemplos “a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, a proteção de acidentes”¹¹⁹, bem como a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Com fundamento no art. 204, II, da Constituição Federal¹²⁰, o art. 12 do Estatuto da Primeira Infância preceitua que a sociedade, solidariamente com a família e o Estado, deve participar da proteção e promoção na primeira infância, dentre outras hipóteses, formulando políticas e controlando ações, por meio de organizações representativas; executando ações

116 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016: Marco da Primeira Infância**. [S.l.: s.n.], [entre 2016 e 2018], 7 p. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

117 BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Art. 4º: “(...) I – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã; II – incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento; III – respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais; IV – reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança; V – articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância; VI – adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços; VII – articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; VIII – descentralizar as ações entre os entes da Federação IX – promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social”.

118 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

119 BRASIL. **Lei 13.257, de 8 de março de 2016**.

120 BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 204: “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

diretamente ou em parceria com o poder público; promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano¹²¹.

Conforme o art. 13 da Lei 13.257/16, os entes federativos devem apoiar a “participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário, visando, entre outros objetivos, à formação e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”¹²², devendo priorizar os contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança.

Portanto, tendo em vista o fundamento na realidade da atual família brasileira, que “não dispõe de recursos para assegurar um ambiente propício para o cuidado durante a gestação e após o nascimento dos filhos até seis anos, se imprimiu uma rede de proteção mais fortalecida para as famílias com prole nesta faixa etária”¹²³, trazendo consideráveis modificações que acometerão a realidade das crianças até os seis anos, incluindo os nascituros.

4.1 DAS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O APOIO AOS FILHOS DE PRESOS

Em que pese os direitos dos nascituros, infantes, crianças, adolescentes e gestantes já estarem versados nos diversos diplomas legais pátrios, a Lei 13.257/16 promoveu a criação de diversas políticas públicas para aqueles que estejam compreendidos na *primeira infância*, projetando, assim, transformações nos mais diversos âmbitos, como no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Processo Penal.

Em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a referida Lei modificou

121 BRASIL. **Lei 13.257, de 8 de março de 2016**. Art. 12: “A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, nos termos do caput e do § 7º do art. 227, combinado com o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, entre outras formas: I – formulando políticas e controlando ações, por meio de organizações representativas; II - integrando conselhos, de forma paritária com representantes governamentais, com funções de planejamento, acompanhamento, controle social e avaliação; III – executando ações diretamente ou em parceria com o poder público; IV – desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado; V – criando, apoiando e participando de redes de proteção e cuidado à criança nas comunidades; VI – promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano”.

122 BRASIL. **Lei 13.257, de 8 de março de 2016**.

123 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**: Marco da Primeira Infância. [S.l.: s.n.], [entre 2016 e 2018], 7 p. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018. ACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**: Marco da Primeira Infância.

diversos dispositivos, aprimorando o art. 3º, parágrafo único, uma vez que, em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes, previu-se a aplicação aos indivíduos sem “discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia”¹²⁴.

De igual modo, os arts. 8º e 13 do ECA foram modificados, acrescentando dispositivos que versam sobre garantias às gestantes e, especialmente, àquelas que desejam entregar seu filho à adoção ou que estejam privadas de sua liberdade, assegurando a todas “acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde”¹²⁵.

Por sua vez, o art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente foi aprimorado em relação a inclusão ao atendimento de saúde das crianças e dos adolescentes com deficiência, versando ser “assegurado o acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”¹²⁶.

O disposto no art. 19 do ECA também foi alterado, trazendo como direito da criança e do adolescente “ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”¹²⁷, devendo, conforme o art. 23, garantir que a família seja “incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”¹²⁸, contemplando, de melhor forma, a doutrina da proteção integral.

Em relação ao diploma processual penal, vê-se algumas modificações pontuais no bojo dos arts. 6º, X, 185, § 10º, e 304, § 4º, relativos à fase policial. De acordo com os referidos dispositivos legais, a autoridade policial dever realizar a coleta de informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se estes possuem alguma deficiência, bem como o nome e o contato de responsável pelos cuidados dos dependentes.

124 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

125 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

126 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

127 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

128 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

As referidas informações coletadas devem constar no inquérito, bem como em possível auto de prisão em flagrante, podendo ser remetidos para a equipe psicossocial do sistema prisional e para o Ministério Público, com a finalidade de elegerem as medidas de proteção mais adequadas aos menores¹²⁹¹³⁰.

Neste campo, a mudança mais significativa foi a modificação do art. 318 do Código de Processo Penal, objeto do presente trabalho, que prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar pelo juiz quando a agente for gestante ou tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou, no caso de homens, caso sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos¹³¹.

Assim, o legislador brasileiro segue uma tendência mundial de incluir a perspectiva de gênero em medidas relacionadas com a prisão preventiva, compreendendo, principalmente, a realização de ações tendentes a respeitar e garantir os direitos das presas e a aplicação prioritária de medidas alternativas à prisão preventiva¹³².

4.2 DA PRISÃO DOMICILIAR E SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em estabelecimento prisional para os presos provisórios, sendo disposta nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal. O primeiro dispositivo versa que a referida medida “consiste no recolhimento do indiciado ou

129 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

130 Essa mudança preconizada pelo Marco da Primeira Infância está em total conformidade com as Regras 2 e 3 de Bangkok: Regra 2 – 1. Atenção adequada deve ser dedicada aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças, devido à sua especial vulnerabilidade nesse momento. Recém ingressas deverão ser providas de condições para contatar parentes; acesso a assistência jurídica; informações sobre as regras e regulamentos das prisões, o regime prisional e onde buscar ajuda quando necessário e em um idioma que elas compreendam; e, em caso de estrangeiras, acesso aos seus representantes consulares. 2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças. Regra 3 – 1. No momento do ingresso, deverão ser registrados o número e os dados pessoais dos/as filhos/as das mulheres que ingressam nas prisões. Os registros deverão incluir, sem prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda. 2. Toda informação relativa à identidade das crianças deverá ser confidencial e o uso de tais informações deverá sempre obedecer à exigência de garantir o melhor interesse das crianças (BRASIL. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).

131 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

132 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 133.

acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”¹³³. A substituição de decreto prisional preventivo pela prisão domiciliar é cabível em qualquer espécie de infração penal, tendo ou não natureza hedionda.

Por ser a prisão domiciliar medida substitutiva da prisão preventiva, mantém o caráter cautelar desta, visando “tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência”¹³⁴, devendo-se haver, conforme o parágrafo único do art. 318, prova idônea dos requisitos estabelecidos nos incisos do dispositivo.

Da afirmação de que a prisão domiciliar funciona como prisão preventiva decorrem diversas consequências já mencionadas no presente trabalho, como a necessidade de limitação no tempo, de acordo com a razoabilidade, possibilidade de impetração de *habeas corpus* e de detração da pena, podendo, nos termos do art. 282, § 4º, do CPP, ante o descumprimento da prisão domiciliar, ser revogado o benefício¹³⁵.

De acordo com o art. 318 do diploma processual penal, poderá o juiz aplicar a prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão preventiva nos casos insertos em seus incisos, quais sejam, quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos; quando estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave¹³⁶; ou quando for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência¹³⁷.

Conforme exposto no tópico anterior, com a edição do Estatuto da Primeira Infância foram introduzidas novas hipóteses de substituição de preventiva em domiciliar¹³⁸, a saber: quando a mulher presa for gestante (art. 318, IV); quando a presa tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 318, V); e, por fim, no caso de homens presos, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art.

133 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

134 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1021.

135 Ibid., 2017, p. 1022.

136 O Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade de concessão ao preso provisório do benefício da prisão domiciliar, quando demonstrada a gravidade do estado de saúde e a impossibilidade de o estabelecimento prestar a assistência médica. Nesse sentido: “(...) a substituição depende de comprovação da imprescindibilidade do tratamento externo, o que não deflui de quadro de diabete e hipertensão, males que podem ser, medicamentosamente, controlados no interior da unidade penitenciária” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 120.121/SC, 6ª Turma. Paciente: João Valle. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 out. 2007).

137 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

138 Antes da reforma preconizada pela Lei 13.257/16, o art. 318 dispunha que o juiz poderia substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas seguintes hipóteses: “I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”.

318, VI).

O rol de hipóteses para a decretação da substituição da preventiva pela prisão domiciliar é meramente exemplificativo, visando o legislador evidenciar a permissão para o cumprimento da prisão preventiva em domicílio para casos excepcionais, mediante ordem judicial. O juiz poderá, ainda, determinar a prisão domiciliar em outras situações análogas toda vez que se revelar mais adequada (art. 282, CPP), a partir dos casos do art. 318, que servirão como vetores interpretativos, sempre por decisão fundamentada¹³⁹.

Em relação aos incisos do art. 318 do CPP, especialmente aqueles que são objeto do presente trabalho, o inciso III versa sobre a possibilidade de substituição de prisão preventiva em domiciliar nos casos em que o agente seja “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”¹⁴⁰, tendo como escopo não prejudicar as crianças em decorrência do decreto prisional preventivo de pessoa indispensável aos seus cuidados.

A jurisprudência pátria entende no sentido de denegação da prisão domiciliar nos casos em que haja familiares em liberdade que fiquem responsáveis pelo cuidado da criança ou, bem ainda, se esta tutela puder ser dispensada pelo agente no estabelecimento prisional, o que acontece muito nos casos das mulheres encarceradas, mesmo com a situação precária dos presídios.

Contrariando diversos institutos que versam sobre os direitos da criança que, por sua vez, trazem uma ótica de desenvolvimento saudável fora do estabelecimento prisional, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de concluir que, “firmada a possibilidade de se assegurar o direito à amamentação contínua na prisão, não há porque se conceder à mulher o direito à prisão domiciliar previsto na LEP”¹⁴¹.

Quanto a hipótese de substituição de prisão domiciliar, nos casos em que a agente for gestante, houve mudança substancial no dispositivo, posto que, com a edição do Marco da Primeira Infância, passou-se a autorizar o benefício em todas as situações, não mais sendo necessária que a gestante esteja no sétimo mês de gravidez, como era disposto anteriormente¹⁴², conferindo o benefício apenas nos casos em que o estabelecimento prisional

139 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 607.

140 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

141 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1025.

142 Em relação as gestantes, esclareça-se que a nova redação do art. 318 do Código de Processo Penal retirou a restrição anterior de que fosse necessário estar no sétimo mês de gestação ou que a mesma fosse de alto risco, podendo-se, desse modo, inferir a presunção de que toda gravidez dentro do caótico sistema carcerário brasileiro seria considerada de risco.

não conceda o tratamento à agente e ao nascituro.

Desse modo, se as condições do cárcere não revelarem a necessidade do benefício ou contraindicá-lo, como, por exemplo, a elevada propensão à prática de outros delitos e a ausência de comprovação de residência, este pedido poderá ser indeferido sem importar constrangimento à presa¹⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de não haver ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a “inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da condenada, visto que asseguradas todas as garantias para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido”¹⁴⁴, o que, na ótica aplicada no presente trabalho, implica em perigosa premissa, haja vista que a cultura do cárcere legitima as prisões de determinado grupo.

Em relação a omissão do legislador acerca do termo *ad quem* da prisão domiciliar, o direito à substituição cessa com o nascimento ou, ao menos, findando o puerpério, que se estende, em média, por cerca de três meses após o parto. Cessando o lapso temporal, a manutenção da prisão domiciliar será possível apenas caso esteja presente outra hipótese legitimadora de substituição.

As raízes no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, estão presentes na possibilidade de substituição em prisão domiciliar nos casos em que a agente tenha filho de até doze anos de idade incompletos, uma vez que há o propósito do atendimento do melhor interesse da criança ante a autorização legislativa para que mãe e filho convivam em lugares mais salubres que o cárcere.

O referido dispositivo legal também encontra raízes nas Regras de Bangkok, que propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário¹⁴⁵.

Existem divergências doutrinárias no alcance do art. 318 do Código de Processo Penal, havendo aqueles com entendimentos mais cautelosos, tendo em vista que, em um primeiro momento, pareça que o fato de a presa ter filho de até doze anos incompletos daria,

143 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, 686.

144 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 328.813/SP**. Paciente: Caroline Gomes da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 06 de outubro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 08 out. 2015.

145 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, 2017, p. 1026.

de plano, o direito ao benefício. Contudo, vê-se a necessidade de comprovação da inexistência de outra pessoa que possa cuidar da criança, o que, infelizmente, caracteriza-se como mais uma barreira a obtenção da prisão provisória, diante da existência do precário acesso à justiça e a hipervulnerabilidade das presas provisórias.

Como exposto, o ônus deve recair sobre a interessada, ressaltando-se que este deve ser perfeito, uma vez que o *in dubio pro reo* não favorece o agente nesses casos. Desse modo, ausente a comprovação cabal da ocorrência das hipóteses legais, o pedido será indeferido, diversamente do que acontece no âmbito do processo penal condenatório, em que o ônus da defesa é imperfeito¹⁴⁶.

Em que pese a omissão do legislador, a doutrina entende que a substituição da prisão domiciliar pela preventiva deve ser adotada com o monitoramento eletrônico, haja vista que há a permissão que as medidas cautelares sejam aplicadas isolada ou cumulativamente. Ademais, o art. 146-B, IV, da LEP versa sobre a possibilidade do juiz determinar a fiscalização por monitoração eletrônica quando for determinada a custódia domiciliar, não havendo empecilho ao emprego de vigilância na residência do preso, desde que com discricção e sem constrangimento¹⁴⁷.

Por fim, o art. 318 do Código de Processo Penal dispõe que o agente apenas pode ausentar-se da prisão domiciliar com autorização judicial, podendo esta ser específica, nos casos em que haja uma situação determinada, como doença grave, falecimento de parentes e tratamento médico, ou genérica, em situações mais amplas e corriqueiras, como frequência a cultos religiosos.

4.3 A INEFETIVIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E OS REQUISITOS NÃO PREVISTOS LEGITIMADORES DO CÁRCERE FEMININO

O encarceramento feminino vem produzindo diversas consequências práticas, tanto na estruturação quanto na execução dos direitos das presas e de seus filhos, a exemplo da edição do Marco da Primeira Infância. Apesar disso, as normas pátrias e internacionais não são efetivadas, uma vez que a Suprema Corte¹⁴⁸, diante do caos nas penitenciárias e a violação

146 Ibid., 2017, p. 1026/1027.

147 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

148 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 21 out. 2018.

massiva dos direitos humanos, a deficiente assistência às presas e de seus dependentes, bem como no quadro de superlotação prisional, já decretou o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

De forma a demonstrar a caótica conjuntura, veja-se a narração de pessoas que acompanham este cenário:

(...) Em vez de pequenas unidades distribuídas pelo Estado, as penitenciárias femininas do Brasil são grandes e poucas. Transporte e hospedagem são caros e, normalmente, não existe ajuda do governo para que as visitas aconteçam. Muitas unidades, inclusive, impõem dificuldades, como limitar o número de crianças por visita. Além de impedir que os filhos encontrem a mãe todos juntos, em algumas situações a visita nem sequer acontece porque o responsável pelas crianças não tem com quem deixar os filhos que não entrarão. Como resultado, muitas mulheres preferem cumprir o resto de suas penas em cadeias públicas e distritos policiais, em condições precárias de higiene e superlotação¹⁴⁹. As cadeias públicas foram criadas para abrigar acusados apenas durante a prisão temporária, que deve durar cinco dias prorrogáveis por mais cinco, e a prisão preventiva, que, em geral, deveria levar alguns meses, durante os quais ocorreriam as investigações ou o julgamento. As duas medidas privativas de liberdade são indicadas para casos de crimes graves muito específicos, para impedir que o apenado fuja, continue praticando o delito ou interfira nas investigações. No Brasil, nem sempre é o que acontece. Como as penas, a estadia nesses locais deve ser temporária, segundo a lei brasileira. Isso porque as cadeias públicas e distritos policiais não têm estrutura de saneamento básico para manter muitas pessoas e, na maioria dos casos, tampouco têm camas, produtos de higiene, atendimento médico ou trabalho disponível para ocupar a mente, ajudar na ressocialização e na remissão da pena. Nas penitenciárias, a situação é um pouco melhor, mas, ainda assim, está longe da ideal¹⁵⁰.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico deve considerar políticas criminais com as particularidades das mulheres encarceradas e, especialmente, a necessidade de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade, quando houver direitos de pessoa que dependa da presa, o que não vem ocorrendo. Assim, as diversas barreiras para a asseguarção do benefício da conversão da prisão preventiva em domiciliar, restando inefetivo o disposto no art. 318 do Código de Processo Penal.

Dessarte, deve-se transpassar a concepção da sociedade e do Estado de que as mulheres presas são como “homens que menstruam”¹⁵¹, haja vista que o sistema penal e carcerário foi criado por homens e para homens¹⁵², notando-se, desse modo, a urgência de

149 A regra número 5 de Bangkok dispõe que as mulheres e, em particular, as grávidas que estejam em situação de amamentação ou menstruação, devem receber toalhas sanitárias gratuitas e um suprimento regular para cuidados pessoais (BRASIL. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).

150 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 103.

151 Em 2009, esta expressão foi utilizada em um artigo escrito por Heidi Ann Cerneka, membro da Pastoral Carcerária Nacional, intitulado como “Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher”.

152 Cf. item 2.2 do Capítulo 2.

pensar políticas públicas “para a mulher encarcerada que a considere como parte de um sistema familiar e que vise a sua volta à comunidade e à família com possibilidade de reinserção efetiva e diminuição de reincidência”¹⁵³.

Pautando-se na cultura do cárcere e no possível sopesamento de princípios constitucionais, consubstanciado no anseio da sociedade e no *ius puniendi* do Estado frente a situação do melhor interesse da criança, as políticas criminais em relação as mulheres ainda não são eficientes:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas. Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances¹⁵⁴.

Por muito tempo, com base no viés punitivista da legislação penal e processual penal, firmou-se o entendimento de que a prisão domiciliar seria uma faculdade do julgador, uma vez que o *caput* do art. 318 do CPP indica que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva, podendo ser possível a denegação do instituto mesmo quando caracterizado o direito pela interessada.

Apesar de a legislação exigir prova cabal e idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo para a efetivação do benefício¹⁵⁵, a comprovação documental ou pericial mostra-se como outro empecilho para a concessão da prisão domiciliar, haja vista que as encarceradas, em sua maioria, são hipossuficientes, não tendo condições de arcar com os gastos para custear o pedido, dificultando a comprovação da gravidez e da existência de filhos ou dependentes.

Ademais, o entendimento de que a substituição da preventiva pela prisão domiciliar só deverá ocorrer nas hipóteses em que o estabelecimento prisional não possa conceder espaço adequado para a presa e sua criança, corroborado diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, numa sociedade em que a cultura do encarceramento está enraizada, é

153 CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Veredas do Direito: Belo Horizonte, v. 6, n. 11, jun. 2009, p. 61. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/60_77.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

154 BRASIL. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 9.

155 LOPES Jr., Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 665.

mais uma possibilidade de negar a necessária prisão domiciliar às presas.

Por mais que alguns estabelecimentos prisionais disponham de estruturas específicas para grávidas, sabe-se que a realidade destas, em sua maioria, não são adequadas, principalmente diante do falido sistema carcerário brasileiro, ferindo diversos direitos a noção de que a simples existência de local para abrigar gestantes sirva como fundamento para negar o direito da prisão domiciliar.

A realidade das gestantes em unidades prisionais já foi objeto de diversos trabalhos, como o capítulo do livro “Presos que menstruam”, que conta a história de “Gardênia”:

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou — ou não se importou — que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, conta Heidi, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio. (...) Só em 28 de maio de 2009, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 11.942, que assegurava às presidiárias o direito de um período de amamentação de no mínimo seis meses e cuidados médicos aos bebês e a elas. A lei não foi, no entanto, acompanhada de meios para seu cumprimento. Existem apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro. Quando não há vagas nesses locais, o procedimento é enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas podem ficar com o filho e amamentá-lo, mas não têm acesso a cuidados médicos específicos. O benefício não é estendido a todas as mulheres, sobretudo não às que cumprem pena em locais impróprios e precisam sujeitar os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem. Para Gardênia, “não teve essas mordomias de Lula não”. Ela teve que voltar à cadeia e se reacostumar a dormir no chão de higiene duvidosa da delegacia¹⁵⁶.

Desse modo, deve-se diferenciar a arbitrariedade e a discricionariedade do julgador, posto que o magistrado apenas poderá negar a concessão do benefício em decisão fundamentada, vislumbrando-se a ação que se mostre mais adequada ao melhor interesse do menor.

Contudo, o que se vê é a utilização de diversos outros argumentos para justificar a negativa do direito, como a imposição de requisitos não previstos em lei para concessão do benefício, a exemplo da fundamentação na gravidade do delito. Ainda há os casos em que os magistrados exigem a necessidade de prova pré-constituída pautada na demonstração da situação inadequada do cárcere.

Considerado um critério bastante utilizado pelos magistrados, a não concessão do benefício com fundamento na gravidade objetiva da infração em crimes de maior reprovação

¹⁵⁶ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 42/43.

pela sociedade, “*por si*, não é suficiente para justificar a segregação do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em face do princípio da presunção de inocência”¹⁵⁷.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, traçando os fenômenos que promovem mais encarceramento para o combate ao crime, traz a busca para potencializar a aplicação da prisão preventiva com mecanismos que:

a) ampliam o sentido do perigo de fuga a hipóteses que o afastam de sua lógica cautelar, por exemplo, ao priorizar considerações como a gravidade do crime ou a pena prevista em caso de eventual condenação; ou b) estabelecem causas de procedência distintas daquelas tradicionais ou cautelares, e que atendem a critérios punitivos ou de periculosidade, como o “perigo de reincidência”. Adicionalmente, os mecanismos que potencializam a utilização da prisão preventiva podem ser observados no estabelecimento de crimes insuscetíveis de liberdade e de maiores restrições aos mecanismos processuais de liberdade provisória. A CIDH reitera, a esse respeito, que não há evidências empíricas que demonstrem que as políticas baseadas em maiores restrições ao direito à liberdade pessoal tenham uma incidência real na diminuição da criminalidade e da violência, ou resolvam em sentido mais amplo os problemas de insegurança cidadã¹⁵⁸.

Assim, quando há imposição de requisitos não previstos em lei, bem como a gravidade dos tipos penais para a substituição da prisão preventiva em domiciliar, nota-se julgamentos que impeçam que a proposta da proteção integral à criança do Estatuto da Primeira Infância seja colocada em prática, razão pela qual foi impetrado o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP.

157 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, 673/674.

158 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017, p. 60.

5 O *HABEAS CORPUS* 143.641/SP E A PRISÃO DOMICILIAR DAS GESTANTES, PUÉRPERAS OU MÃES DE CRIANÇAS E DEFICIENTES

O *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP¹⁵⁹, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), substituído, posteriormente, no polo ativo da demanda, pela Defensoria Pública da União¹⁶⁰, foi julgado em fevereiro do corrente ano, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, composta pelos Ministros Ricardo Lewandowski (relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Edson Fachin.

A interposição teve como intuito a revogação da prisão preventiva ou, alternativamente, a substituição desta em domiciliar, em favor de todas as mulheres gestantes e mães de crianças presas preventivamente no sistema penitenciário nacional e de seus filhos, gestados no cárcere ou institucionalizados em decorrência da privação de liberdade das genitoras.

Analisando os pedidos, a Corte Suprema decidiu pela concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, relacionadas no processo. Estendeu, ainda, a ordem a todas as mulheres em idêntica situação no território nacional, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas.

Nas hipóteses em que a detida seja tecnicamente reincidente, determinou a Corte que o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre baseado nos princípios e regras que tutelem estes vulneráveis, observando-se a excepcionalidade da prisão. Pode, ainda, se o juiz entender que a prisão mostra-se inviável ou inadequada em ambas as situações, substituir por medidas alternativas arroladas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A fim de dar cumprimento imediato a decisão, para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o magistrado, em caso de dúvidas, requisitar a elaboração do laudo social, devendo, no entanto, cumprir a determinação. Caso seja constatado que a suspensão ou destituição do poder familiar se deu por outros motivos, a presente ordem não será aplicada¹⁶¹.

159 Cf. anexo A (voto integral do Ministro Ricardo Lewandowski) e B (voto divergente do Ministro Edson Fachin).

160 Por tratar-se de ação de abrangência nacional, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), que trouxe à apreciação da Suprema Corte os fatos narrados na inicial, foram admitidos, posteriormente, como *amici curiae*, tendo em vista que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

161 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo

O remédio constitucional baseou-se na negativa do acesso a programas de saúde pré-natais, a assistência regular ao parto e pós-parto, as condições razoáveis de higiene e a privação das crianças de condições adequadas de desenvolvimento. Ademais, fora fundamentado na contrariedade aos direitos e garantias fundamentais, pautada na precariedade das instalações prisionais e na desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos, caracterizando-se como tratamento desumano, cruel e degradante.

Ainda, há o fundamento na política criminal responsável pela discriminatória e seletiva cultura do encarceramento, impactando drasticamente as mulheres pobres e suas famílias. Além disso, vislumbra-se a não aplicação do dispositivo do Código de Processo Penal, com as mudanças da Lei 13.257/2016, para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, uma vez que, conforme o *mandamus*, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido.

Nesse sentido, as razões para o indeferimento estariam relacionados a gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e a necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto. Assim, o impetrante aduziu que estes argumentos não teriam consistência, uma vez que a gravidade do crime não pode servir, como único motivo, para manutenção da prisão preventiva¹⁶².

De acordo com os dados oficiais¹⁶³, como base do presente *habeas corpus*, faltam berçários e centro maternos infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta apenas a capacidade de aprendizagem e de socialização, mas priva os menores de vida digna e saudável¹⁶⁴, vulnerando os direitos constitucionais, convencionais e legais garantidos.

Dessarte, aduziu o impetrante que “embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos que estão sendo desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada”¹⁶⁵, devendo-se ser mitigado o direito de punir do Estado, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual.

Portanto, fez-se necessário o reconhecimento da condição especial da mulher no

Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

162 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

163 Cf. Capítulo 2.

164 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

165 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

cárcere, sobretudo da mulher pobre que, privada de acesso à justiça, vê-se destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, gerando, essa soma de privações, um quadro excessivo de encarceramento preventivo, destacando-se a latente vulnerabilidade socioeconômica deste grupo¹⁶⁶.

5.1 DO CABIMENTO E DA POSSIBILIDADE DE TUTELA COLETIVA VIA *HABEAS CORPUS*

O cabimento de *habeas corpus* coletivo foi discutido pela Corte Suprema, tendo em vista a argumentação da possibilidade deste ser utilizado na defesa da liberdade de locomoção de determinados grupos de pessoas, com o intuito de garantir o acesso à justiça, considerando-se o caráter sistemático de práticas que resultam em violação maciça de direitos, conforme o disposto no art. 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁷.

A competência para julgamento do feito também foi objeto de debate, posto que o instrumento jurídico foi interposto perante a Suprema Corte pelo fato de o Superior Tribunal de Justiça figurar entre as autoridades coatoras, assim como todos os juízes e juízas das varas criminais, os juízes federais com competência criminal, os Tribunais dos estados e do Distrito Federal e Territórios e, por fim, os Tribunais Regionais Federais.

O relator, Ministro Lewandowski (*vide* anexo A), analisando estas questões preliminares, exarou o entendimento de que “os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais”¹⁶⁸. Desse modo, vislumbrou-se que as ações coletivas são talvez a única solução viável para a garantia do efetivo acesso à justiça, especialmente dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista econômico e social.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

166 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

167 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Art. 25.1. “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

168 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

(ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. (...) Deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade¹⁶⁹.

Entendeu a Corte que, quando o direito de ir e vir é o bem jurídico ofendido, o instrumento processual adequado para resgatá-lo seria o *habeas corpus* individual ou coletivo, uma vez que na sociedade contemporânea, as lesões a direitos assumem um caráter global. Por razões de política judiciária, deve-se disponibilizar “um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados”, podendo estender-se a ordem a todos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal¹⁷⁰.

(...) Diante da inexistência ou insuficiência de procedimento idôneo a tutelar determinado direito material, o juiz deve extrair das regras processuais existentes a sua máxima potencialidade, a fim de permitir a proteção mais adequada possível. Assim, para cada tipo de violação ao direito à liberdade ambulatorial, deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada. Daí porque se pode afirmar que o instrumento processual do *habeas corpus* deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. Se a ofensa à liberdade for meramente individual, a impetração de *habeas corpus* individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentarem perfil coletivo, o ajuizamento de *habeas corpus* coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional¹⁷¹.

Nesta linha, utilizou-se do direito comparado argentino, em que, no caso *Verbisky*, a Suprema Corte entendeu ser possível, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça, a impetração de *habeas corpus* coletivo com o intuito de interromper o tratamento degradante ao qual estavam submetidos detentos que cumpriam penas em estabelecimentos prisionais de Buenos Aires, embora inexistisse previsão expressa de modalidade coletiva do *writ*¹⁷².

Corroborando com o entendimento da Corte, a Defensoria Pública da União aduziu pela possibilidade de impetração do *mandamus*, invocando o histórico da conhecida doutrina brasileira do *habeas corpus*¹⁷³ e a existência do mandado de segurança individual e de forma

169 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

170 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Art. 580: “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.

171 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, UERJ Direitos, 2015, p.21. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

172 Ibid., 2015, p. 23.

173 Encabeçada por Ruy Barbosa, no final do século XIX, surge a doutrina brasileira do *habeas corpus* que, por

coletiva, de modo a demonstrar “(i) a caminhada das ações constitucionais em direção às soluções coletivas e (ii) o reconhecimento da representatividade da Defensoria Pública”¹⁷⁴.

De forma contrária, entendeu a Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do *writ*, “ante a impossibilidade de concessão e ordem genérica, sem a individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas”¹⁷⁵, não cabendo, ainda, ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, uma vez que não foram indicados atos coatores específicos imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça, que não poderia ser considerado coator apenas pelo fato de ter negado o benefício a algumas mulheres.

A alegação da Procuradoria-Geral da República foi superada, conforme o voto do Ministro Lewandowski (*vide* Anexo A), visto que a análise dos dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda, determinam os pacientes do *writ*. Desse modo, o fato de que a ordem estenda-se a todas aquelas que se encontrem em situação idêntica não traria nenhuma excepcionalidade ao desfecho da ação, uma vez que tal providência constituiria uma das consequências normais do instrumento.

A rejeição da preliminar foi também fundamentada na assunção da responsabilidade pela própria Corte em relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo dos 16 mil juízes, bem como na relevância constitucional da matéria, ante a existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318 do Código de Processo Penal¹⁷⁶.

Assim, necessária a adoção e fortalecimento dos remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo digam respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis, contribuindo o julgamento do *writ*, de forma decisiva, para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.

sua vez, preconizava que este remédio constitucional deveria ser utilizado para garantir não só a liberdade física, como os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Este entendimento perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, tendo em vista a imposição do exercício da garantia como vige atualmente (para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir). Desse modo, fruto direto da doutrina brasileira do *habeas corpus*, aparece o mandado de segurança na Constituição de 1934, tratando-se de ação que visa à tutela de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

174 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

175 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

176 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

5.1 DA IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* E A SITUAÇÃO DO CÁRCERE FEMININO

No bojo do *Habeas Corpus* coletivo, foram citados casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, realçando que esses males poderiam ser evitados se as disposições constitucionais e legais relativas ao tema fossem respeitadas.

A Corte Suprema avaliou a existência de uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que coloquem as mulheres grávidas e mães de crianças em situação degradante na prisão, posto que estes sujeitos de direitos estariam privados de cuidados médicos adequados. Diante da falta de condições propícias para as crianças, foi avaliado se a estrutura prisional afetam frontalmente a capacidade de aprendizagem e socialização.

A concessão da ordem foi fundamentada com os dados obtidos, à época, do INFOPEN Mulheres, ante o aumento exponencial da população carcerária feminina e, em especial, o alto índice de prisões provisórias das mulheres. Foram trazidos, ainda, os números referentes a infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que a disposição de celas ou dormitórios adequados para gestantes, de berçários, de centros de referências materno-infantil e creches não eram suficientes para suprir o contingente dos presídios¹⁷⁷.

Desse modo, a Corte asseverou que o fato de que grande parte das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos estes que, na grande maioria dos casos, “não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de mulas do tráfico”¹⁷⁸.

Todos os números trazidos são corroborados com a informação de que o País não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade e, por conseguinte, as que estejam em situação prisional. Nesse sentido, a limitação do alcance da atenção pré-natal já rendeu ao Estado brasileiro uma condenação proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos pelo Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹⁷⁹.

177 Cf. Capítulo 2.

178 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

179 Em novembro de 2002, Alyne da Silva Pimentel Teixeira, no sexto mês de gestação, buscou assistência médica da rede pública no estado do Rio de Janeiro, ocasião em que recebeu medicação e foi liberada. Como não teve melhora, retornou ao hospital, constatando-se a morte do feto. Após horas de espera, a paciente foi submetida a cirurgia para retirada dos restos da placenta, tendo o caso sido agravado e sendo indicado sua

Neste caso, foram sete as recomendações feitas ao Brasil, sendo cinco delas referentes a políticas pública de saúde, a exemplo do direito da mulher à maternidade saudável e o acesso a serviços adequados de emergência obstétrica; a realização de treinamento adequado de profissionais de saúde; a redução das mortes maternas evitáveis; o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres; e a asseguarção de que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva.

Ademais, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio n.º 5 (melhorar a saúde materna) e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (alcançar a igualdade de gênero e emponderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas, ressaltam que o cuidado com a saúde maternal é uma das prioridades que deve ser observada pelos países no compromisso com o desenvolvimento mundial.

Tutelando a saúde reprodutiva da mulher, os objetivos mencionados corroboram com a fundamentação do *writ*, já que estes reforçam a importância em um crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, dando concretude ao que o nosso ordenamento jurídico interno prevê nas disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Ante a convivência das presas em realidade inconstitucional, verificam-se diversas situações absolutamente incompatíveis com os avanços civilizatórios do presente século, como a completa ausência de cuidado pré-natal, acarretando a transmissão de doenças graves aos filhos, a manutenção das crianças em celas e a falta de escolta para levar as gestantes às consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões¹⁸⁰.

Além destes problemas estruturais, tem-se o afastamento abrupto de mães e filhos, bem como a internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, depreendendo-se que a prisão domiciliar seria uma das soluções entre institucionalizar a criança ou separá-la da genitora.

(...) Há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da

transferência para outro município, o que teria ocorrido com grande atraso. No segundo hospital, por falta de leito na emergência, Alyne Teixeira teve que aguardar atendimento e acabou falecendo em decorrência de hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto. O Caso Alyne *versus* Brasil obteve grande repercussão, posto que o CEDAW (Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher) responsabilizou o Estado brasileiro por não cumprir seu papel de prestar atendimento médico adequado.

180 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País. A atuação do Tribunal, nesse ponto, é plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela)¹⁸¹.

O presente entendimento do Supremo Tribunal Federal está em conformidade com outras situações em que fora exarado em temas correlatos, a exemplo da Repercussão Geral n.º 423, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 641.320/RS, no qual a Corte assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

No julgamento do referido recurso, apelou-se ao legislador pela reformulação da legislação, adequando-a à atualidade, sem renunciar os direitos fundamentais, com o escopo de compatibilizar os estabelecimentos penais à realidade; facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas; limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação; fomentar o trabalho e estudo do preso; e destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional¹⁸².

No julgamento da ADPF 347 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal já manifestou o entendimento de que os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas, não possuindo instalações adequadas à existência humana:

Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso à água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. (...) Em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha. (...) Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

182 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, 01 ago. 2016.

presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade. O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições. O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio¹⁸³.

Diante de tais relatos, o sistema prisional brasileiro e, especialmente, as prisões femininas, ante as peculiaridades inerentes e previstas em lei, violam os direitos fundamentais das presas no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, configurando a precariedade das instalações carcerárias tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia.

5.2 A CULTURA DO ENCARCERAMENTO COMO MOTIVAÇÃO DETERMINANTE À CONCESSÃO DA ORDEM

O presente tópico tem como intuito a análise da cultura do encarceramento na concessão da ordem no *habeas corpus* coletivo, apresentando como subtópicos a constatação da violação aos princípios da intranscendência da pena e da primazia dos direitos da criança. A mitigação destes postulados foram utilizados para fundamentar a decisão do *writ*, assim como a situação calamitosa dos estabelecimentos prisionais, de modo a efetivar a possibilidade de substituição da prisão preventiva em domiciliar.

O aumento do encarceramento feminino e, por conseguinte, do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas, demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre sua função diante da banalização da adoção de medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória:

Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões decorrentes de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de

183 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

poderes¹⁸⁴.

Desse modo, com o intuito de reduzir a cultura do aprisionamento seria recomendável a atuação no campo da formação, como a conscientização dos magistrados, oferecendo-se treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento¹⁸⁵.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar a violação sistemática dos direitos e a perpetuação e agravamento da situação. Assim, a inércia não é de apenas uma autoridade pública, posto que “os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade”¹⁸⁶.

Ainda, apontou-se a responsabilidade do Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal, pelo fato de que 41% dos presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória¹⁸⁷, demonstrando as pesquisas que, quando julgados, a maioria desses presos alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas.

Verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. Não é por menos que os mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ tiveram como resultado a libertação, desde 2008, de dezenas de milhares de presos que já haviam cumprido pena. Os reclusos, muitas vezes, não possuem sequer informações sobre os processos criminais. É certo que o Judiciário e a Defensoria Pública contam com número insuficiente de Varas de Execuções Penais, implicando o encarceramento acima do que determinado judicialmente¹⁸⁸.

A cultura do encarceramento pode decorrer, ainda, de um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho. Este fenômeno também pode ser resultado de uma interpretação acrítica, aparatada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, tendo como foco a punição, e não a ressocialização do encarcerado, cujo resultado leva a situações que não ferem apenas a dignidade humana de gestantes e mães, mas também das crianças, expondo-as a situação

184 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

185 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

186 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

187 Conforme explanado no Capítulo 2, conforme as informações do relatório INFOPEN Mulheres, 45% da população carcerária feminina são de presas provisórias.

188 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

carcerária degradante¹⁸⁹.

Conforme já exposto, quando da análise dos dados oficiais, a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário brasileiro aumentou 656% entre os anos de 2000 e 2016, incremento muito superior ao da população masculina, que aumentou o número exagerado de 293%, no mesmo período, demonstrando a tendência geral do aumento do cárcere.

Além do mais, a infraestrutura agrava a situação do contingente da população carcerária e, em especial, àquela relativa ao exercício da maternagem no interior dos estabelecimentos prisionais, principalmente no que se refere aos dormitórios ou celas para gestantes e berçários ou centro de referência materno-infantil.

Como tratado nas concepções morais e sexistas das políticas criminais¹⁹⁰, as mulheres, quando se engajam em atividades ilícitas e são alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita em seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como presas¹⁹¹.

O art. 318 do Código de Processo Penal versa que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva domiciliar”¹⁹². Nesse caso específico, a cultura do cárcere fica em voga quando a Suprema Corte indaga quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei, com os diversos posicionamentos obtidos no julgamento, senão vejamos:

O impetrante e o *amicus curiae* aduziram que o “*poderá*”, constante do *caput* do dispositivo, deve ser lido como “*deverá*”, de modo a evitar a discricionariedade dos magistrados. De forma contrária, a Procuradoria-Geral da República pugnou pelo entendimento de que a resposta deve ser formulada em cada caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise, o que não foi acolhido, uma vez que este ignora as falhas estruturais de acesso à justiça que existem no País¹⁹³.

Na mesma linha, outra expressão da cultura da prisão provisória é o fato de os magistrados ignorarem as disposições do art. 319 do Código de Processo Penal, que tratam sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, o que, por si só, explicaria grande parte da excessiva população carcerária provisória no Brasil.

189 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

190 Cf. item 2.2 do Capítulo 2.

191 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

192 BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941, grifo nosso.

193 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

Ante os entendimentos díspares apresentados pelos interessados e, de modo a evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, o Min. Ricardo Lewandowski (*vide* anexo A) manifestou pela concessão da ordem, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas do art. 319 do CPP, estabelecendo parâmetros a serem observados pelos juízes, sem maiores dificuldades, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

O Min. Edson Fachin (*vide* anexo B), voto divergente e vencido, entendeu pela concessão da ordem. Contudo, a seu ver, o art. 318 do CPP não concedeu uma faculdade irrestrita ao magistrado como uma leitura isolada do dispositivo, no entanto, tampouco poderiam invocar disposições de tratados de direitos humanos para determinar que, ante a condição de gestante, não haveria outra solução ao magistrado que não fosse a determinação da substituição da preventiva pela domiciliar.

Fundado no entendimento de que as ponderações dos magistrados devem ser sempre realizadas à luz dos casos concretos, o Min. Edson Fachin proferiu seu voto no sentido de apenas reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a que condicione a prisão domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas¹⁹⁴.

5.2.1 Da violação à primazia dos direitos da criança e ao princípio da intranscendência da pena

No *Habeas Corpus* coletivo, os impetrantes postularam a aplicação da primazia dos direitos da criança e do princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, aduzindo a ofensa a estes postulados na manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambientes insalubres e superlotados. Nesse sentido, a decisão fundamentou-se no sentido de que “os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe”¹⁹⁵.

194 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

195 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

A situação dos estabelecimentos prisionais seria contrária ao art. 227 da Constituição Federal, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos dos infantes pela família, sociedade e Estado, incluindo o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Preceitua, ainda, o dispositivo o dever de colocar as crianças a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sempre que os interesses da criança e do adolescente estiverem em confronto com outros interesses, sejam da família ou do Estado, aos primeiros sujeitos de direitos deve ser dada prioridade. Na verdade, a afirmação feita neste artigo deve funcionar como um norte, um princípio, que oriente as decisões da família, da comunidade e do poder público, ou seja, da sociedade como um todo, com escopo de garantir às crianças e adolescentes ambiente propício para o seu desenvolvimento saudável¹⁹⁶.

Ressalte-se, ainda, que o Min. Edson Fachin (*vide* Anexo B), voto vencido no *Habeas Corpus* coletivo, fez referência ao artigo 4.2 da Declaração de Kiev (2009), que preconiza que sempre que os “interesses das crianças estiverem envolvidas, o melhor interesse da criança deve ser o fator determinante em relação ao encarceramento de mulheres, o que implica pôr os interesses da criança e, absoluta prioridade”¹⁹⁷.

No mesmo sentido, o artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças versa que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”¹⁹⁸.

O Comitê dos Direitos da Criança, órgão que interpreta a referida Convenção, recomendou aos Estados, no parágrafo 30, que, no sentenciamento dos pais ou responsáveis, medidas alternativas à prisão devem, sempre que possível, ser fixadas em lugar de encarceramento, inclusive na fase provisória¹⁹⁹.

Conforme o entendimento do Min. Ricardo Lewandowski (*vide* Anexo A), outro princípio basilar ferido seria o da intranscendência/pessoalidade da pena, incrustado no art. 5º,

196 ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15.

197 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

198 BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança.

199 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

XLV, da Carta Magna, tendo em vista o disposto que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”²⁰⁰. Nesse sentido, sendo a responsabilidade criminal essencialmente subjetiva, “a demanda não pode prejudicar terceiros que não tenham concorrido de alguma forma para o cometimento da infração”²⁰¹.

Os impactos da prisão da mulher e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças, restaram evidentes na construção da decisão, considerando que o aprisionamento de familiares acarreta fragilidade econômica e social.

A separação dos filhos é um martírio à parte. Privado da liberdade, resta ao homem o consolo de que a mãe de seus filhos cuidará deles. Poderão lhes faltar recursos materiais, mas não serão abandonados. A mulher, ao contrário, sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável, porque se ressentirão da ausência de cuidados maternos, serão maltratadas por familiares e estranhos, poderão enveredar pelo caminho das drogas e do crime, e ela não os verá crescer, a dor mais pungente. Mães de muitos filhos, como é o caso da maioria, são forçadas a aceitar a solução de vê-los espalhados por casas de parentes ou vizinhos e, na falta de ambos, em instituições públicas sob a responsabilidade do Conselho Tutelar, condições em que podem passar anos sem vê-los ou até perdê-los para sempre²⁰².

O Instituto Alana, em sua manifestação como *amicus curiae*, apontou as incontáveis violações às crianças que nascem no cárcere, aduzindo que o embrião ou feto reage não só as condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam, uma vez que, quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outras pessoas próximas durante a gestação, seus sentimentos de bem-estar repercutem no desenvolvimento saudável do bebê.

Ademais, trouxe que a atenção pré-natal e o cuidado com o parto, além do acompanhamento pediátrico, devem ser considerados por nosso sistema, traçando o entendimento de que violações aos direitos da gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças. Nesse sentido, há diversos impactos nos casos de separação entre a criança e a mãe, como o prejuízo da saúde com o estresse tóxico decorrente do ambiente prisional, os quais se agravam em casos de institucionalização²⁰³.

Citando o estudo da Universidade de Harvard, intitulado como “*Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*”²⁰⁴, a

200 BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

201 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 166.

202 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 45.

203 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

204 NELSON, Charles A.; FOX, Nathan A.; ZEANAH, Charles H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery**. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014.

Suprema Corte demonstrou que a privação de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas produz danos ao desenvolvimento da criança. Ante a existência de uma “experiência compartilhada” pela qual todos os seres humanos devem passar, considerada de grande importância para o desenvolvimento sensorial e emocional, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem sofrer danos permanentes²⁰⁵.

A entrega abrupta das crianças à família extensa, em seus primeiros meses de vida, privando-as do contato materno, uma das únicas referências afetivas, também é igualmente traumática. Desse modo, há diversas falhas nas normas constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.

Nesse sentido, políticas públicas voltadas à correção desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida, posto que, para se desenvolver plenamente, faz-se necessário priorizar o bem-estar das crianças, resultando em uma sociedade mais saudável²⁰⁶.

O voto vencido no *Habeas Corpus* coletivo, proferido pelo Min. Edson Fachin (*vide* anexo B), trouxe que a solução para o problema seria a análise do direito de liberdade a partir dos direitos da criança, não havendo dúvidas que as mulheres e os homens presos têm direito à vida familiar e à reinserção social:

Se, como prevê a Declaração de Kiev, deve ser compensada a flagrante desigualdade de gênero a que estão sujeitas as mulheres no estabelecimento da política pública, então é à luz dessa particular circunstância que o cumprimento das regras mínimas de tratamento das pessoas encarceradas deve ser estimado pelo juiz, nas concretas condições em que se encontram as mulheres. Noutras palavras, mesmo no caso das mulheres gestantes, a primazia do direito à infância exige a individualização das concretas circunstâncias em que a prisão cautelar poderia ser substituída pela domiciliar²⁰⁷.

Isto posto, o legislador, pautado nessa realidade, modificou diversos aspectos de vários diplomas, incluindo o dispositivo que trata sobre a substituição da prisão preventiva em domiciliar, no entanto, nada justificaria a manutenção da situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.

205 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

206 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

5.2.2 Da decretação do estado de coisas inconstitucional (ADPF 347 MC/DF)

De forma a finalizar a análise da cultura do cárcere na decisão do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, deve-se estudar a decretação do estado de coisas inconstitucional no Brasil, tendo, inclusive, o *writ* utilizado a decisão da ação do controle concentrado como embasamento da concessão da ordem.

A teoria do *estado de cosas inconstitucional* foi desenvolvida e aplicada pela Corte Constitucional Colombiana, sendo considerada uma técnica decisória que tem como o intuito a criação de soluções e medidas estruturais que atinjam diretamente as graves e sistemáticas violações aos direitos e garantias fundamentais dos socialmente vulneráveis, decorrentes da omissão do Poder Público, exigindo-se uma atuação conjunta das entidades estatais.

Em 1998, proferiu-se a grande primeira decisão da teoria (*Sentencia T-153/98*), envolvendo a crise carcerária colombiana, pautada em privação dos mais diversos direitos. O caso em questão tratava-se de demanda individual, em que houve a denúncia de violação dos direitos por um preso, tendo a Corte ampliado a demanda inicial e concluído que determinado problema não se restringia a apenas um presídio, mas a todo o sistema penitenciário.

Com a pretensão de diagnosticar a situação carcerária da Colômbia, a Corte Constitucional Colombiana realizou diversas diligências com esse intuito, restando, posteriormente, a constatação da violação da dignidade dos presos²⁰⁸.

Conforme a *Sentencia T-025/04*, a Corte Colombiana elencou alguns fatores necessários para haver a decretação de um *estado de cosas inconstitucional*:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción 12 de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial²⁰⁹.

208 COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Relator: Min. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D. C., 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 12 out. 2018.

209 COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025/04**. Relator: Min. Manuel Jose Cepeda

Diante da violação massiva de direitos fundamentais e omissão latente das autoridades responsáveis direta ou indiretamente pelas políticas públicas, por meio dessa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o *estado de cosas inconstitucional*, impondo-se a adoção de diversas providências com o intuito de superação destas violações.

No Brasil, a teoria obteve grande repercussão com o julgamento da Arguição de Preceito Fundamental 347 MC/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, bem como a confirmação de uma série de medidas cautelares para garantir a cessação das violações aos direitos fundamentais aos presos de todo o País²¹⁰.

A agremiação partidária argumentou seu pedido na situação calamitosa dos presídios nacionais, consistente na superlotação de celas insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comidas e temperaturas inapropriadas, falta de água potável e produtos higiênicos básicos, bem como os diversos casos de homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos.

Apreciando as medidas cautelares suscitadas, a Suprema Corte reconheceu a existência da referida violação generalizada dos direitos fundamentais no sistema carcerário e analisou o seu papel nessas situações de elevada inconstitucionalidade. Ademais, foram deferidos alguns pedidos, como a liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) dos estados e, observando-se o disposto no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, implantou-se as audiências de custódia.

Além dos argumentos já expostos, como a cultura do cárcere, dos princípios da primazia dos direitos da criança e da intranscendência da pena, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, com base no reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, bem como nas inúmeras decisões dissonantes sobre a redação do art. 318 do Código de Processo Penal.

Ante a indagação de que as presas estão sujeitas a situações degradantes, o Min. Lewandowski (*vide* Anexo B) citou a decisão proferida na ADPF 347 MC/DF, trazendo trechos desta para fundamentar no sentido de que apenas a Suprema Corte seria capaz de

Espinosa. Bogotá D. C., 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 12 out. 2018.

210 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015.

“superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”²¹¹.

Em seu voto proferido, o Min. Edson Fachin (*vide* Anexo B) entendeu que, diante das falhas estruturais e falência de políticas públicas, fora decretado o estado de coisas inconstitucional, contudo, não foram revogadas as disposições constantes no Código de Processo Penal. Ao contrário, o “sentido que norteou os debates travados no Tribunal quando do julgamento da ADPF 347 foi o de, face à realidade dos fatos, interpretar a legislação à luz dos direitos fundamentais de todos os presos”.

Nessa linha, as ponderações a serem feitas pelo magistrado deveriam ser realizadas no caso concreto, não implicando, a decretação do estado de coisas, em automático encarceramento domiciliar. Assim, o Ministro defendeu que, apenas à luz dos casos concretos, seria possível avaliar as demais alternativas para que o aprisionamento de mulheres grávidas ou com crianças menores seja reduzido ao mínimo.

A ADPF 347 MC/DF influenciou diretamente a concessão da ordem do *habeas corpus* coletivo, na medida em que a situação desumana e degradante é fato notório no nosso ordenamento jurídico, independentemente de provas as graves violações de presas e seus filhos, gestados no cárcere ou institucionalizados em decorrência da privação de liberdade das genitoras.

Em nosso ordenamento jurídico, ante o paradoxo entre a institucionalização da criança ou sua separação com os laços maternos, o instituto da prisão domiciliar deve ser elevado, tendo em vista que este vai de encontro com a cultura do encarceramento no combate ao crime, devendo, no caso concreto, o *ius puniendi* do Estado ser mitigado, e não a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à integridade física e mental.

211 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo a análise, à luz da cultura do encarceramento, da mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema carcerário brasileiro, qual seja, o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP.

No julgamento do remédio constitucional, concedeu-se a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva em domiciliar de presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, havendo a extensão, de ofício, a todas as demais presas que ostentem estas características em todo território nacional e adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas.

Dessarte, fora proposto o estudo do encarceramento feminino, pautado em um sistema discriminatório e seletivo, e, principalmente, das condições para o precário exercício da maternagem no sistema prisional nacional. De modo a traçar uma linha até a decisão da Suprema Corte, averiguou-se a omissão de políticas públicas e as diversas falhas estruturais dos estabelecimentos prisionais, consubstanciada na falta de assistência à saúde para gestantes, mães e crianças, não havendo, de igual forma, espaços adequados, como creches e berçários para o desenvolvimento pleno e saudável destes sujeitos de direitos.

Com o intuito de compreender as peculiaridades do tema posto e o seu recorte de gênero, o primeiro capítulo destinou-se a sua contextualização, apresentando-se um panorama sobre as particularidades do encarceramento feminino. Ainda, traçou-se o perfil da presa no Brasil (jovem, negra, com baixa escolaridade e renda), com a finalidade de compreender o objeto da cultura do aprisionamento em massa.

Ademais, foram trazidos os impactos sexistas e morais de uma sociedade patriarcal na vida de uma presa, constatando-se que estas vivenciam a experiência da prisão de forma ainda mais traumática do que os homens, tendo em vista que as políticas criminais e os estabelecimentos prisionais foram concebidos por homens e para homens, desconsiderando as particularidades do gênero feminino.

Nesse ínterim, expôs-se as normas e regras nacionais e internacionais que garantam um tratamento humanitário às presas, a exemplo da Constituição Federal, das Regras de Bangkok e da Lei de Execução Penal. O intuito foi trazer ao debate a não efetivação pelo poder público destas legislações, havendo uma contraposição entre o “dever-ser” e a realidade.

Diante da necessária adoção de medidas alternativas ao encarceramento como forma

de possibilitar o pleno exercício da maternagem, com base na proteção integral da criança (art. 227 da CRFB/88) e na primazia dos direitos destas, analisou-se o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16), o qual ampliou as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, garantindo o benefício às gestantes e mães com filhos menores.

Após, constatou-se a ineficácia dos dispositivos reformados pelo Marco da Primeira Infância, uma vez que os magistrados, pautados no afã de trazer respostas à sociedade no combate de crimes, tratavam o benefício da substituição como uma faculdade do julgador ou fundamentavam o indeferimento em requisitos não previstos em lei.

Impende registrar que a exigência da comprovação dos requisitos que ensejam o benefício pela própria presa, além de ser incoerente com as demais previsões, reduz as possibilidades de efetivação da medida domiciliar. Tal pesquisa, ainda, ressalta o quanto o acesso à justiça tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que, por sua vez, impedem as pessoas mais vulneráveis, como as presas.

Neste sentido, frente a cultura do encarceramento, como tratado pelo Supremo Tribunal Federal, a ampliação da efetividade das medidas desencarceradoras e condições dignas para o exercício da maternagem pelas presas não envolve, apenas, alterações legislativas e estruturação de presídios, tendo em vista haver uma necessária mudança na mentalidade dos operadores do direito.

Desse modo, devem os magistrados compreender as singularidades do aprisionamento feminino e os seus respectivos impactos sociais, principalmente quando tem-se algum dependente da encarcerada, como filhos menores, a fim de que atuem comprometidos com os direitos fundamentais.

Isto posto, há de se destacar que a grave transgressão dos direitos humanos dos presos repercute além dos sujeitos violados, uma vez que produz-se mais violência contra a própria sociedade, somada ao desrespeito a vida digna das crianças que nascem no cárcere ou são posteriormente institucionalizadas.

Diante da situação degradante dos presídios, tolhe-se o desenvolvimento saudável e integral destas crianças em nome da punição de seus responsáveis, ferindo um dos princípios mais salutarés do processo penal, qual seja, o da pessoalidade da pena e, além disso, o da dignidade da pessoa humana, situação em que, indo ao encontro de uma tendência mundial de desencarceramento, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem no *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2017.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BENEDITO, Deise. **Os deserdados do destino**: construção da identidade criminosa negra no Brasil. Revista Palmares Cultura Afro-Brasileira: Brasília, 2005.

BRASIL, **Código de Processo Penal (1941)**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades para mulheres infratoras. Brasília, DF, 2016, p. 10. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 out. 2018.

_____. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em 21 out. 2018.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 21 out. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN, atualização – junho de

2016. Brasília, DF, 2017, 65 p. Disponível em:

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília, DF, 2018, 79 p. Disponível em:

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília, DF, 2015, 92 p. Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica. **Dossiê mulheres negras:** retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília, DF, 2013, 16 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_dossie_mulheres_negras.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 21**. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB#TIT21TEMA0>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 52**. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB#TIT21TEMA0>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 64**. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB#TIT21TEMA0>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 328.813/SP**. Paciente: Caroline Gomes da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 06 de outubro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 08 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 120.121/SC**. Paciente: João Valle. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 15 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.448/RJ**. Paciente: Jairo Sodre Bessil. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099172>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Coatores: Juízes e juízas das varas criminais estaduais, Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, juízes e juízas federais com competência criminal, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 01 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 797**. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental – 4. 31 de agosto a 4 de setembro de 2015. Brasília, DF. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 797**. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental – 5. 31 de agosto a 4 de setembro de 2015. Brasília, DF. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Veredas do Direito: Belo Horizonte, v. 6, n. 11, jun. 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/60_77.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

CEZIMBRA, Gabriela Souza; TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos. **Delinquência Feminina, criminologia e política criminal: uma abordagem crítica com**

perspectiva de gênero. In: Criminologias e política criminal. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CHAI, Cássius Guimarães; PASSOS, Kennya Regyna Mesquista. **Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais: Curitiba, v. 2, n. 2, jul/dez. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025/04**. Relator: Min. Manuel Jose Cepeda Espinosa. Bogotá D. C., 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Relator: Min. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D. C., 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 12 out. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [s. l.], 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016: Marco da Primeira Infância**. [S.l.: s.n.], [entre 2016 e 2018], 7 p. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

MARTIL, Daiana Maturano Dias; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Encarceramento feminino: a (in)eficácia da política criminal enquanto violadora de direitos**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. Florianópolis, 2017.

NELSON, Charles A.; FOX, Nathan A.; ZEANAH, Charles H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery**. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTEL, Eliane. **As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras**. In: Criminologia e política criminal: perspectivas. Maceió: Associação Brasileira das Editoras Universitárias, 2017.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, UERJ Direitos, 2015, p.21. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WALMSLEY, Roy. **World Female Imprisonment List**. London: University of London. 2015. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

ANEXO A – Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no *Habeas Corpus* 143.641/SP

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACIENTE(S): TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO NO SISTEMA CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO, QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS

IMPETRANTE(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

COATOR(A/S)(ES): JUÍZES E JUÍZAS DAS VARAS CRIMINAIS ESTADUAIS
TRIBUNAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
JUÍZES E JUÍZAS FEDERAIS COM COMPETÊNCIA CRIMINAL
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetraram *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Asseveraram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento

feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

Enfatizaram o cabimento de *habeas corpus* coletivo na defesa da liberdade de locomoção de determinados grupos de pessoas, com fulcro na garantia de acesso à Justiça, e considerado o caráter sistemático de práticas que resultam em violação maciça de direitos.

Nesse sentido, invocaram o art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados.

Salientaram o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.

Aduziram que a competência para julgamento do feito é do Supremo Tribunal Federal, tanto pela abrangência do pedido quanto pelo fato de o Superior Tribunal de Justiça figurar entre as autoridades coatoras.

Ressaltaram que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

Relataram que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, a qual alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela prisão por esta outra, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido.

Informaram que as razões para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Aduziram que esses argumentos não têm consistência, uma vez que a gravidade do crime não pode ser, por si só, motivo para manutenção da prisão, e que, além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Disseram que se faz necessário reconhecer a condição especial da mulher no cárcere, sobretudo da mulher pobre que, privada de acesso à Justiça, vê-se também destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Insistiram em que essa soma de privações acaba por gerar um quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres pobres, as quais, sendo gestantes ou mães de criança,

fariam jus à substituição prevista em lei.

Asseveraram que a limitação do alcance da atenção pré-natal, que já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso Alyne da Silva Pimentel versus Brasil), atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, ademais de impactar o quadro geral de saúde pública, bem como infringir o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta.

Citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, e realçaram que esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Acrescentaram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais.

Arguiram que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas.

Argumentaram que, embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos que estão sendo desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada para fazê-los valer.

Nesses casos, disseram, é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado, como se decidiu quando a Suprema Corte declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele ao qual foram condenados, ou em contêineres, aduzindo que, em tais casos, a ordem de *habeas corpus* foi estendida aos presos na mesma situação.

Destacaram também a vulnerabilidade socioeconômica das mulheres presas preventivamente no Brasil.

Requereram, por fim, a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará pleiteou seu ingresso como *custos*

vulnerabilis ou, subsidiariamente, como *amicus curiae* (documento eletrônico 7).

Enfatizou ser órgão interveniente na execução penal para a defesa das pessoas presas, que formam um grupo extremamente vulnerável, e que sua atuação como guardião dos vulneráveis tem por fundamento o art. 134 da Constituição e o art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/1994.

Afirmou que, caso assim não se entenda, deve ser aceita para atuar como *amicus curiae*, na medida em que o presente *habeas corpus* é coletivo.

No mérito, postulou a aplicação do princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e do princípio da primazia dos direitos da criança, asseverando que tais postulados têm sido ofendidos sistematicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado.

Insistiu em que a leitura correta da Lei 13.257/2016 é a de que não há necessidade de satisfazer-se outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Na sequência, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *writ*, sob alegação de que é manifestamente incabível o *habeas corpus* coletivo, ante a impossibilidade de concessão de ordem genérica, sem individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas (documento eletrônico 12).

Ressaltou, ainda, que não cabe ao Supremo Tribunal o julgamento do feito, haja vista não terem sido indicados atos coatores específicos imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, houve nova manifestação da Defensoria Pública do Estado do Ceará juntando documentos que permitem identificar, no que tange às presas do Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, aquelas que são mães de crianças e que estão presas provisoriamente em unidade superlotada (documento eletrônico 13).

Persistiu assentando que deve ser superado o prisma individualista do *habeas corpus* por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, de modo a admitir-se a identificação das beneficiárias da ordem durante a tramitação ou ao final do *writ*, ou mesmo na oportunidade da execução da ordem, tendo em consideração a transitoriedade da condição de presas preventivas e a fim de garantir tratamento isonômico a estas.

O acolhimento do HC, tal como impetrado, ponderou, ensejará economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais e ampliará o espectro de abrangência

de tal instrumento, permitindo evitar a multiplicação de processos semelhantes.

Citou exemplos de *writs* que tramitaram no Supremo Tribunal Federal nos quais não houve a identificação dos pacientes, e que nem por isso tiveram seu andamento interrompido ou suspenso (*Habeas Corpus* 118.536 MC/SP e o *Habeas Corpus* 119.753/SP), bem como aqueles em que a ordem foi estendida a outras pessoas sofrendo o mesmo tipo de coação ilegal.

Asseverou ser inequívoca a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, diante da existência de inúmeros acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que aquela Corte exigiu o cumprimento de requisitos outros, além dos constantes do art. 318 do Código de Processo Penal, para a substituição de preventiva por domiciliar. Listou como exemplificativos dessa postura do Superior Tribunal de Justiça os *Habeas Corpus* 352.467, 399.760, 397.498, em que figuram como pacientes presas preventivas devidamente identificadas.

Ressaltou que, no Supremo Tribunal Federal, também estaria se firmando a tese segundo a qual a mera de inoccorrência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal seria suficiente para deferimento da substituição.

Acrescentou que o acolhimento deste *habeas corpus* coletivo constituiria uma possibilidade para se repensar e dar aplicabilidade ao espírito democrático dessa alteração legislativa, a qual concretiza diretrizes constitucionais de proteção à infância.

Reiterou, de resto, seus pleitos anteriores, sobretudo quanto à admissão de sua participação como *custos vulnerabilis*.

Na sequência, peticionou a Defensoria Pública do Estado do Paraná, requerendo sua habilitação nos autos como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae* (documento eletrônico 19).

Invocou a aplicação de dispositivos constitucionais e convencionais que justificariam o acolhimento dos pleitos deste *habeas corpus*, requerendo a concessão da ordem, bem assim a intimação do Defensor Público-Geral Federal de maneira a provocar a sua atuação como guardião das pessoas vulneráveis.

Posteriormente, determinei a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que: (i) indicasse, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais se encontram em gestação ou são mães de crianças e (ii) informasse, com relação às unidades prisionais onde estiverem custodiadas, quais dispõem de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada, inclusive pré-natal e pós-parto,

berçários e creches, e quais delas estão funcionando com número de presas superior à sua capacidade.

Deferi, na mesma oportunidade, a intimação do Defensor Público-Geral Federal, para que esclarecesse sobre seu interesse em atuar neste feito (documento eletrônico 21).

A Defensoria Pública da União ingressou no feito, ponderando ser essencial sua participação, seja pelos reflexos da decisão nos direitos de um grupo vulnerável, seja por sua expertise nos temas objeto do presente *habeas corpus* (documento eletrônico 29).

Quanto às questões de fundo, sustentou, primeiramente, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo, invocando para tanto o histórico da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos e a legitimação da Defensoria Pública para a propositura deste último, tudo a demonstrar (i) a caminhada das ações constitucionais em direção às soluções coletivas e (ii) o reconhecimento da representatividade da Defensoria Pública.

Acrescentou que, embora seja indiscutível que várias situações tuteláveis por *habeas corpus* dependam de análises individuais pormenorizadas, outras há em que os conflitos podem ser resolvidos coletivamente. Citou como exemplo o caso do *Habeas Corpus* 118.536, em cujo bojo a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pelo conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem.

Ademais, defendeu o direito que assiste às mães de crianças sob sua responsabilidade e às gestantes de não se verem recolhidas à prisão preventiva, ressaltando ser comum a situação da mulher presa cautelarmente que é, ao final, condenada à pena restritiva de direito, o que não reverte os danos sofridos pela mãe e pela criança.

Enfatizou que são vários os precedentes do Supremo Tribunal Federal em prol da tese constante da inicial, requerendo sua admissão para atuar no feito, para ao final, pleitear, no mérito, a concessão da ordem.

O Departamento Penitenciário do Estado do Paraná apresentou os dados de mulheres presas na Penitenciária Feminina daquele Estado, cumprindo a decisão anterior de minha lavra (documento eletrônico 31).

A seguir, afirmei o cabimento do *habeas corpus* coletivo mas estabeleci algumas premissas para seu conhecimento, mormente no que tange à legitimação ativa, que entendi, por analogia à legislação referente ao mandado de injunção coletivo, ser da Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional (documento eletrônico 32).

O DEPEN apresentou parte das informações que lhe foram requisitadas por mim em 27 de junho de 2017 (documento eletrônico 36).

A Procuradoria-Geral da República reiterou sua manifestação anterior no sentido de não conhecimento do *habeas corpus* (documento eletrônico 37).

As Defensorias Públicas de São Paulo, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Tocantins requereram a respectiva habilitação na qualidade de amici curiae (documento eletrônico 42).

Já a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso requereu sua admissão no processo como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como assistente (documento eletrônico 44). Pleiteou, ainda, o acolhimento dos pedidos iniciais.

Na sequência, por analogia ao art. 80 do Código de Processo Penal, determinei o desmembramento do feito quanto aos Estados do Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe, São Paulo e Tocantins, tendo em conta que estes ainda não haviam prestado as informações requisitadas (documento eletrônico 53). O desmembramento deu origem ao *Habeas Corpus* 149.521/2017. Na mesma oportunidade, acolhi a argumentação das Defensorias Públicas Estaduais para atribuir-lhes a condição de amici curiae nestes autos.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer final, em que insistiu no descabimento do *habeas corpus* coletivo, por cuidar-se de direitos de coletividades indeterminadas e indetermináveis, com reflexos inclusive futuros, bem como pela imprescindibilidade de exame da eventual situação de constrangimento no caso concreto (documento eletrônico 73).

Argumentou que o *habeas corpus* serve à proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, não podendo ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal.

Asseverou, mais, que não foi apontado ato concreto da corte ad quem, e que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora apenas pelo fato de haver negado, no passado, o benefício a algumas mulheres, haja vista que este tem apreciado cada pedido de forma individualizada, inclusive com o deferimento de inúmeros pedidos de cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar com fundamento no Estatuto da Primeira Infância.

Aduziu que a maternidade não pode ser uma garantia contra a prisão, porque o art. 318 do Código de Processo Penal não estabelece direito subjetivo automático, asseverando

que o objetivo da norma é tutelar direitos da criança, e não da mãe, cuja liberdade pode até representar um risco para esta.

Ao final, o Instituto Alana requereu sua admissão como *amicus curiae*, enfatizando a importância deste *habeas corpus* coletivo para assegurar os direitos dos menores, especialmente para dar concreção à norma que confere prioridade absoluta aos direitos de crianças e adolescentes, na medida em que o art. 227 da Constituição ser compreendido como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Requereu, assim, a procedência do pedido inicial, bem como a “a concessão, de ofício, de *habeas corpus* às adolescentes que estão em situação análoga, ou seja, gestantes ou mães internadas provisoriamente, para colocá-las em liberdade, uma vez que as violações impostas aos direitos das crianças são essencialmente as mesmas”.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD) requereu sua admissão como *amicus curiae*, a qual deferi. No mérito, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, ressalto, de início, que os argumentos que envolvem a preliminar de não conhecimento de *habeas corpus* coletivo têm sido objeto de reflexão nesta Casa e na própria Procuradoria-Geral da República. E estes, bem sopesados, levam-me a concluir, com a devida vênias dos que entendem diversamente, pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de

sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

“A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia (...) a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito (...)”.

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quicá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases – nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis – dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.

Foi com semelhante dilema que se deparou a Suprema Corte argentina no famoso “caso Verbitsky”. Naquele país, assim como no Brasil, inexistia previsão constitucional

expressa de *habeas corpus* coletivo, mas essa omissão legislativa não impediu o conhecimento desse tipo de *writ* pela Corte da nação vizinha. No julgamento em questão, o *habeas corpus* coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados, os quais, tal como na presente hipótese, diziam respeito ao direito de pessoas presas em condições insalubres.

É importante destacar que a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos.

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

No Brasil, ao par da já citada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que integra a épica história do instituto em questão, e mostra o quanto ele pode ser maleável diante de lesões a direitos fundamentais, existem ainda dispositivos legais que encorajam a superação do posicionamento que defende o não cabimento do *writ* na forma coletiva.

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao status libertatis.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o *writ*, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

A impetração coletiva vem sendo conhecida e provida em outras instâncias do Poder

Judiciário, tal como ocorreu no *Habeas Corpus* 1080118354-9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos *Habeas Corpus* 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Neste último, a extensão da ordem a todos os que estavam na mesma situação do paciente transformou o *habeas corpus* individual em legítimo instrumento processual coletivo, por meio do qual se determinou a substituição da prisão em contêiner pela domiciliar.

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste *habeas corpus*. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

Nesse diapasão, resalto dados da pesquisa “Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009” (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Jul. 2011), os quais demonstram que, abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.

Tal pesquisa, dentre outras revelações, ressalta o quanto esse acesso, como direito de segunda geração ou dimensão, tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando, sobretudo, no desalento, ou seja, nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que impedem as pessoas mais vulneráveis de alcançar o efetivo acesso à Justiça.

Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

Não vinga, data venia, a alegação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que as pacientes são indeterminadas e indetermináveis. Tal assertiva ficou superada com a apresentação, pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda. O fato de que a ordem, acaso concedida, venha a ser estendida a todas aquelas que se encontram em idêntica situação, não traz nenhum acento de excepcionalidade ao desfecho do julgamento do presente *habeas corpus*, eis que tal providência constitui uma das consequências normais do instrumento.

Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos – para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor – perfeitamente identificáveis e “cujo objeto é divisível e cindível”, para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assuma a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste *writ*, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria.

Reconhecidos, assim, o cabimento do *habeas corpus* coletivo e a competência desta Corte para julgá-lo, cumpre assentar certos parâmetros no tocante à legitimidade ativa para ingressar com a ação em comento, como, aliás, é a regra em se tratando de ações de natureza coletiva.

Com efeito, apesar de ser digna de encômios a iniciativa do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e dos impetrantes Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, que trouxeram à apreciação desta Suprema Corte os fatos narrados na inicial, parece-me que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a

legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

No caso sob exame, portanto, incidiria o referido dispositivo legal, de maneira a reconhecer-se a legitimidade ativa a Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes como *amici curiae*. Dessa forma, e sem demérito nenhum aos demais impetrantes, os quais realizaram um proficiente trabalho, garante-se que os interesses da coletividade estejam devidamente representados.

Pois bem, superada a questão do conhecimento do *habeas corpus* coletivo, passo à análise do mérito da impetração.

Aqui, é preciso avaliar, primeiramente, se há, de fato, uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), estejam experimentando a situação retratada na exordial. Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches.

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente *habeas corpus* – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

Por oportuno, transcrevo trechos mais relevantes daquele julgado, nesse aspecto, que extraio do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, e que devem ser necessariamente levados em consideração para análise do caso sub judice:

“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’.

[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos

na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.” (grifei).

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

As evidências do que se afirmou na prefacial são várias.

Inicialmente, cabe observar que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres (Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017), “a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014”, incremento muito superior ao da população masculina, que ainda assim aumentou exagerados 220% no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil (INFOPEN Mulheres, p. 10).

Especificamente no tocante à prisão provisória, “enquanto 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios, apenas 27% das unidades femininas têm esta finalidade”, apesar de 30,1% da população prisional feminina ser provisória (INFOPEN Mulheres, p. 18-20).

Mais graves, porém, são os dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, sobre os quais cabe apontar que:

- i. nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno-infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);
- ii. nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno-infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Esses números são ainda mais preocupantes se considerarmos que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p. 22), ou seja, em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Infelizmente, o INFOPEN Mulheres não informa quantas apresentam, efetivamente, tal condição.

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Conforme constou da inicial,

“O encarceramento provisório de mulheres no Brasil, com suas nefastas consequências, nada tem, assim, de excepcional. Seleccionadas a este modo para o cárcere brasileiro, elas possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal (INFOPEN Mulheres - Junho de 2014).

O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema (Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como *Ameaças à Segurança e Estabilidade*. UN Women. *A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes*, 2014): o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit de oportunidades econômicas e *status* político.

Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres (UN Women, 2014, p. 34-35)”.

Todas essas informações são especialmente inquietantes se levarmos em conta que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às

mulheres que não estão em situação prisional. Nesse sentido, relembre-se o “caso Alyne Pimentel”, que representou a “primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (...) incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas em 1979”, tratando-se da “única ‘condenação’ do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos” (ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, n. 12, jul. 2016, p. 11)

Foram sete as recomendações feitas ao Brasil naquele pronunciamento, sendo seis delas de caráter geral. Dessas, cinco delas disseram respeito a políticas públicas de saúde, conforme segue:

- i. “assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica”;
- ii. “realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres;”
- iii. “reduzir as mortes maternas evitáveis, por meio da implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e da instituição de comitês de mortalidade materna;”
- iv. “assegurar o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres e prover treinamento adequado para os profissionais do Poder Judiciário e operadores do direito;”
- v. “assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva”. (CEDAW/C/BRA/CO/6)

Uma última referia-se à responsabilização de pessoas envolvidas com a problemática, nos seguintes termos: vi. “assegurar que sanções sejam impostas para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres”.

Convém ressaltar que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada pelos distintos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio - ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODSs justamente porque, durante o tempo em que vigoraram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar “a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas

com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva” (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. In: Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88).

Ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres.

O Brasil, ademais, na medida em que dá concretude a tais compromissos, honra o lugar de destaque que ocupou nos últimos grandes eventos internacionais voltados à promoção do desenvolvimento social, notadamente no congresso Rio + 20, bem como os compromissos assumidos ao subscrever os supra mencionados Objetivos Globais, que se voltam especialmente à tutela das mulheres e crianças em situação de maior vulnerabilidade.

Na verdade, nada mais estará fazendo do que dar concreção ao que a Constituição, em sua redação original, já determinava:

- i. “art. 5º, II – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- ii. “art. 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- iii. “art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...);
- iv. “art. 5º, L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- v. “art. 5º, XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
- vi. “art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Além disso, respeitará a Lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal, que prevê:

- i. “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”
- ii. “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” e
- iii. “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”, inclusive à presa provisória (art. 42 da LEP).

Não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN nas informações que constam do já referido INFOPEN Mulheres – 2014.

O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

Vale transcrever, nesse sentido, mais um trecho da contundente exordial:

“Para além da incapacidade de oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar outros fatores condicionantes de um desenvolvimento gestacional saudável, estudos dedicados à investigação das condições de maternidade no cárcere constataram ainda que as mulheres experimentam – e denunciam – gestações ora mal, ora completamente desassistidas.

Tome-se, por exemplo, o impacto desta privação no tocante à sífilis, enfermidade à qual as mulheres privadas de liberdade estão especialmente vulneráveis, conforme os dados do INFOPEN já mencionados (Consta do levantamento que, das 1.204 mulheres com agravos transmissíveis, 35% são portadoras de sífilis. Cf. do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.) A bactéria causadora da doença é capaz de atravessar a barreira placentária. Em consequência, fica a criança vulnerável à sífilis congênita, cuja incidência tem aumentado nos últimos anos (4,7 para cada 1.000 nascidos vivos em 2013, segundo o Ministério da Saúde); incrementa-se o risco de abortamentos precoces, tardios, trabalhos de parto prematuros e do óbito da criança (O índice de mortalidade infantil por sífilis congênita no Brasil cresceu de 2,2 a cada 100.000 nascidos vivos em 2004 para 5,5 em 2013). As crianças sobreviventes ainda podem desenvolver malformações cerebrais, alterações ósseas, cegueira e lábio leporino.

Os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, são expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento tempestivo de suas demandas. O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos. Não são menores os desafios enfrentados após o nascimento das crianças.

O período de garantia do aleitamento não é uniforme nas diferentes unidades federativas. Em tese, após o parto e como garantia do convívio e do aleitamento materno, o recém-nascido permanece junto à mãe por um período mínimo de seis meses. Esse padrão não é, no entanto, obedecido em todos os estabelecimentos

prisionais. Em algumas unidades, o prazo mínimo de seis meses é desrespeitado, noutras converte-se em parâmetro máximo.

Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados. BRAGA e ANGOTTI denominam hiper-hipo-maternidade este constructo da disciplina prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação. Importante ainda mencionar que, caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato com a família ou não haja familiares dispostos a assumir o cuidado da criança durante o período de privação de liberdade da mãe, as crianças são encaminhadas a um abrigo. Não raro, são adotadas e as mães são destituídas de poder familiar sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude (Conectas. ‘Penitenciárias são feitas por homens para homens’. Disponível em: http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatorio-mulherespresas_versaofinal1.pdf).

Outro persistente obstáculo, incidente nos casos das crianças que ficam com parentes e poderiam prestar visitas às mães, mantendo assim, ainda que precariamente, os vínculos afetivo-familiares, consiste na sujeição das crianças e seus guardiões à prática da revista íntima vexatória.” (Petição inicial, notas de rodapé incorporadas ao corpo do texto, p. 18-26).

Em 2015, o Ministério da Justiça e o IPEA promoveram uma pesquisa sobre a maternidade na prisão em seis Estados da Federação (Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015). A realidade que descrevem é, em geral, de indiferença estatal para com a maternidade no cárcere. Especificamente no Estado de São Paulo, chama a atenção o fato de que a Secretaria de Administração Penitenciária não autorizou o ingresso das pesquisadoras nas novas unidades que seriam “projetadas especialmente para atendimento das necessidades das mulheres” (p. 64) e, mesmo em unidades cuja visita foi autorizada, como no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, a pesquisa foi severamente restringida, o que levou as pesquisadoras a indagar: “se nós, professoras universitárias (com o aval do Ministério da Justiça e autorização do Secretario de Administração Penitenciária) estávamos recebendo aquele tratamento por parte do pessoal penitenciário, imagina as pessoas presas e suas famílias?” (p. 66).

Constatou-se ainda a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, concluindo-se que:

“Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça.

O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.

Concluimos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos”.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça noticiou em seu sítio eletrônico na Internet dados sobre a “Saúde materno-infantil nas prisões”, que corroboram os dramáticos relatos citados acima:

“A vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, especialmente as mães que tiveram filhos na cadeia, também foi constatada pelo fato de 30% delas chefiarem suas famílias – 23% delas tinham famílias chefiadas pelas próprias mães. Praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental, ou seja, uma em cada duas mulheres presas entrevistadas estudou sete anos ou menos.

De acordo com os resultados do estudo, a vulnerabilidade social delas foi agravada durante a experiência da parição. Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos.

Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais.

Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. A distribuição das consultas é trimestral: uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três, no terceiro. **Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado.**” (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-e-mae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao&catid=813:cnj&Itemid=4640, acesso em 12 de novembro de 2017, grifei).

As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País.

A atuação do Tribunal, nesse ponto, é plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

Essa posição é consentânea, ainda, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em temas correlatos, como o revelado na Repercussão Geral de número 423, por meio do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o Plenário desta Casa assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. A tese ficou assim redigida:

“I – A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;
 II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas ‘b’ e ‘c’);
 III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:
 (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
 (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
 (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.
 Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

Cumpre invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série “Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero (Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Na apresentação das referidas Regras, tive a oportunidade de afirmar que:

“Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado” (grifei).

Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas:

“6.23.1. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

6.23.2. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um berçário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

6.b.10. Serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade.

7.c.24. Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

56. As autoridades competentes reconhecerão o risco específico de abuso que enfrentam as mulheres em prisão cautelar e adotarão medidas adequadas, de caráter normativo e prático, para garantir sua segurança nessa situação.

57. As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e

a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

59. Em geral, serão utilizadas medidas protetivas não privativas de liberdade, como albergues administrados por órgãos independentes, organizações não governamentais ou outros serviços comunitários, para assegurar proteção às mulheres que necessitem. Serão aplicadas medidas temporárias de privação da liberdade para proteger uma mulher unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada, sempre sob controle judicial ou de outras autoridades competentes. Tais medidas de proteção não deverão persistir contra a vontade da mulher interessada”.

A jurisprudência desta Suprema Corte tem sido firme na observância do amplo cabedal normativo ora citado, como pode ser visto no HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros.

Os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Aqui, não é demais relembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. Recentemente a *Revista*

Época publicou reportagem sobre o tema, que bem ilustra o tipo de dano a que estão sujeitas as crianças:

“O estrondo do portão de ferro que se fecha marca o fim de mais um dia. Na cela, com não mais de 10 metros quadrados, apertam-se objetos cobertos por mantas, uma cama protegida por um mosquito e um guarda-roupa aberto com roupas de bebê dobradas. Adesivos infantis decoram a parede e mantas em tons pastel ocultam as grades de ferro. Ali, na ala da amamentação na Penitenciária Feminina de Pirajuí, em São Paulo, dormem Rebeca, de 7 meses, e sua mãe, Jaquelina Marques, de 23 anos. **A menina só vê o mundo exterior – árvores, carros, cachorros, homens – ao ser levada para consultas pediátricas.** Normalmente, passa o tempo todo com a mãe, ocupante temporária de uma das 12 celas no pavilhão.

[...]

“Os sintomas da separação se manifestaram nas crianças. Midiã, quando saiu da cadeia com poucos meses, não aceitava mais ser amamentada. **O irmão dela, Adryan, estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez. Simplesmente parou no meio do caminho. Com 3 anos, ele se expressa mais com acenos de cabeça do que com palavras.**

Na primeira visita à mãe, colocou o braço no rosto para tapar os olhos – e nada o fez mudar de ideia. ‘Não me deu um abraço. Fui tentar pegar e ele bateu em mim. Não quis ficar comigo de jeito nenhum’, diz Jaquelina. Agora em regime semiaberto, ela visita a família no interior, a cerca de duas horas de Pirajuí, durante a ‘saidinha’ nos feriados. Aos poucos, reaproximou-se dos filhos. Em uma dessas saídas, ao terminar a visita à família, despediu-se do filho. O menino correu atrás dela - queria ir junto. ‘Ele ficou chorando tanto que deu dó. Fiquei com a cabeça atordoada de deixar ele daquele jeito’, diz.

[...]

Em 30 de novembro, o Seminário Nacional sobre Crianças e Adolescentes com Familiares Encarcerados inaugurou uma articulação nacional, a fim de promover apoio a esse grupo. A articulação, que reúne ONGs, associações, movimentos e redes, fez contato com 200 crianças e adolescentes nessa situação. Apenas 36 aceitaram participar. **Detectou-se um quadro previsível e trágico. A prisão de familiares (geralmente mãe ou pai) acarreta fragilidade econômica e social. As crianças muitas vezes precisam assumir tarefas domésticas e ganhar dinheiro. Seis apresentaram depressão.** (Presos ao nascer, *Revista Época*, 18 de dezembro de 2017, grifei).

Em sua manifestação como *amicus curiae*, o Instituto Alana, cujo ingresso nessa condição autorizei, apontou as incontáveis violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere, a demonstrar que as violações a seus direitos começam antes mesmo do nascimento:

“É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: ‘O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. (...) Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê’ (SANTOS, Marcos Davi dos *et al.* Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014, p. 19).

Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do

cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças. É preciso destacar também que, nos casos de separação entre a criança e a mãe, há impactos na saúde decorrentes desse rompimento, os quais se agravam em casos de institucionalização [...] Um dos principais fatores responsáveis por esse dano é o estresse tóxico, fruto de situações que envolvem um sofrimento grave, frequente, ou prolongado, no qual a crianças não têm o apoio adequado da mãe, pai ou cuidadores. No caso de crianças com mães encarceradas, o estresse tóxico decorre do ambiente prisional, que não é capaz de acolher a criança, e da situação precária que a mulher encarcerada vivencia. Também nos casos de separação da mãe e consequente institucionalização, o rompimento do vínculo gera estresse à criança” (documento eletrônico 148, p. 18/19).

Professores da Universidade de Harvard demonstraram que a privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. *Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

Conforme explicam, existe uma “experiência compartilhada” pela qual todos os seres humanos devem passar. E tal experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.

Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, revelou que “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social” (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. *6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde*).

As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo. Não se ignora, aliás, que, para se desenvolver plenamente, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar de suas crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e sócio-emocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância.

Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável.

Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.

É importante sublinhar, também, que o legislador tem se revelado sensível a essa triste realidade. Não por acaso, recentemente foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem implicações da maior relevância para o julgamento do presente *writ*. A redação atual dos dispositivos que interessam é a seguinte:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o

desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

§ 10º Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua.

§ 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano”.

O Estatuto da Primeira Infância regulou, igualmente, no âmbito da legislação interna, aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, que assim ficou redigido:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...)

II – gestante;

III – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae*, está em que o “poderá”, constante do *caput* do artigo deve ser lido como “deverá”, para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já

mencionado art. 319 do CPP.

Para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados.

Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia.

Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão.

O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, lançado durante o período em que exerci a presidência do referido órgão, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade.

Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício.

Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.

Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é

o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347.

É como voto.

Ementa: *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. MÁXIMA EFETIVIDADE DO *WRIT*. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V – Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.

VI – A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne

Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

ANEXO B – Voto do Ministro Edson Fachin no Habeas Corpus 143.641/SP**VOTO – VOGAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo, inicialmente, o acutíssimo voto que veio de proferir o e. Ministro Ricardo Lewandowski.

Peço vênica a Sua Excelência, no entanto, para registrar a convergência no resultado, que me leva à concessão da ordem, mas com extensão distinta e fundamento diverso.

Tal como consignou o e. Ministro Ricardo Lewandowski, tenho que o Código de Processo Penal, ao prever, em seu art. 318, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, não concedeu uma faculdade irrestrita ao magistrado como uma leitura isolada do dispositivo poderia sugerir. No entanto, tampouco se poderiam invocar disposições de tratados de direitos humanos para assentar que, ante a condição de gestante, não haveria outra solução ao magistrado que não a de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Com efeito, o art. 318 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- i – maior de 80 (oitenta) anos;
- ii – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- iii – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- iv – gestante;
- v – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- vi – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Amparados nos incisos IV e V, os impetrantes, Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, advogados membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, agora *amici curiae*, sustentam, em síntese, que as mulheres em tais condições sofrem duplamente as consequências de um encarceramento cujos limites foram reconhecidos por esta Corte na ADPF 347, Rel. Ministro Marco Aurélio. Por essa razão, em seu entender, o “cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal, inconstitucional e inconveniente” (eDOC 1, p. 30).

É certo que o sistema penitenciário nacional foi caracterizado, ante o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, como “estado de coisas inconstitucional”. No entanto, tal como

se consignou naquela decisão, não foram por isso revogadas as disposições constantes do Código de Processo Penal. Ao contrário, o sentido que norteou os debates travados no Tribunal quando do julgamento da ADPF 347 foi o de, face à realidade dos fatos, interpretar a legislação à luz dos direitos fundamentais de todos os presos. Foi essa a orientação que, aliás, foi dirigida a todos os juízes brasileiros.

Nessa dimensão, as ponderações a serem feitas pelo magistrado devem ser sempre concretamente realizadas. O estado de coisas inconstitucional não implica automaticamente o encarceramento domiciliar. Apenas à luz dos casos concretos é que é possível avaliar todas as demais alternativas para que, como prevê a Declaração de Kiev sobre a Saúde das Mulheres Encarceradas, o encarceramento de mulheres grávidas ou com crianças menores seja reduzido ao mínimo. Essa diretriz decorre do próprio Código de Processo Penal, ao prever, para a prisão preventiva, que ela só poderá ser aplicada, “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal).

Não se deduz do Código de Processo Penal ou das normas internacionais de proteção à pessoa humana, diretriz interpretativa que inviabilize ao magistrado a aplicação, desde que justificada e excepcional, da prisão preventiva. No entanto, tal como asseverou o e. Ministro Ricardo Lewandowski, isso não significa que a sua substituição pela domiciliar fique a critério exclusivo do magistrado.

As alterações do Código de Processo Penal promovidas pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, sinaliza para a teleologia de sua aplicação: um *plus* em relação a mera faculdade, sem, porém, consubstanciar um dever imediato.

Com efeito, a Lei vem a concretizar o disposto no art. 227 que dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

No mesmo sentido, a Declaração de Kiev (2009), em seu artigo 4.2, estabelece que sempre que os interesses das crianças estiverem envolvidas, o melhor interesse da criança deve ser o fator determinante em relação ao encarceramento de mulheres, o que implica pôr os interesses da criança em absoluta prioridade.

Tais dispositivos são objeto de detalhada proteção no âmbito da Convenção de

Direitos das Crianças. Com efeito, logo no artigo 3.1 da Convenção, estabelece-se que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Nas Recomendações no Dia de Discussões sobre Crianças de Pais Encarcerados, o Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável por interpretar a Convenção, expressamente recomendou aos Estados o seguinte (parágrafo 30):

“O Comitê enfatiza que no sentenciamento dos pais ou responsáveis, medidas alternativas à prisão devem, sempre que possível, ser fixadas em lugar de encarceramento, inclusive na fase provisória. Alternativas à detenção devem ser disponibilizadas e aplicadas caso a caso, com consideração plena acerca dos possíveis impactos de sentenças diferentes em relação ao melhor interesse da criança afetada”.

É evidente que tais princípios foram acolhidos plenamente na legislação brasileira. O art. 4º da Lei 13.257/2016 prevê as seguintes medidas para concretizar o direito das crianças com absoluta prioridade:

“Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

- i – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;
- ii – incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;
- iii – respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;
- iv – reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;
- v – articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;
- vi – adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;
- vii – articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;
- viii – descentralizar as ações entre os entes da Federação;
- ix – promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil”.

Como se observa da leitura de tais dispositivos, é a partir do direito da criança, pensado em absoluta prioridade, que se deve analisar o direito de liberdade invocado no

presente *habeas corpus*, nos termos em que invocado na própria inicial da impetração Não há dúvidas que as mulheres, mas também os homens presos, nos termos do art. 318, VI, do CPP, têm direito à vida familiar e à reinserção social. O instrumento previsto pelo art. 318, no entanto, destina-se à avaliação concreta, feita pelo juiz da causa, do melhor interesse da criança.

Nesta perspectiva, para corroborar, trago à baila as regras sobre a situação das mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão inseridos nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok (2010), complementando a regra 23 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos.

“23.

i. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

ii. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

Regra 48

II – Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças. III – Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

IV – As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50

Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

(i) Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços

permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

(ii) O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

56. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

57. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

58. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.”

A forma de se avaliar esse “melhor interesse” não é medida que comporta uma avaliação geral e abstrata. Como consta da recomendação do Comitê de Direito das Crianças e das Regras de Bangkok, apenas caso a caso é que o melhor interesse da criança pode ser avaliado. O artigo 12.1 da Convenção de Direito das Crianças estabelece que “os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança”.

No ponto seguinte, a Convenção prevê que deve ser garantida a criança “a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado”.

É de se observar que, quando da elaboração da Convenção, foi suscitada a possibilidade de consignar no texto do tratado os assuntos e os temas em que se poderia ouvir a criança. No entanto, a visão consagrada é a mais ampla possível, a fim de permitir, caso a caso, a oitiva cuidadosa da criança. Deve-se registrar, ademais, que, no Comentário Geral n. 12, o Comitê de Direito das Crianças recomenda expressamente aos Estados que adotem medidas apropriadas para que sejam fixados parâmetros a serem destinados aos tomadores de decisão acerca das opiniões da criança e das consequências para sua vida (§ 33).

É precisamente quanto a essa obrigação que a faculdade estabelecida pelo art. 318 não consubstancia liberalidade do magistrado. É evidente que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino. Situações haverá em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, em outras talvez não. Apenas à luz das

especificidades dos casos concretos é que será possível ao juiz determinar qual será o melhor interesse da criança.

De outro lado, no caso das gestantes, a preocupação com a infância destina-se sobretudo à saúde e à alimentação adequadas que devem ser garantidas à mãe. Se, como prevê a Declaração de Kiev, deve ser compensada a flagrante desigualdade de gênero a que estão sujeitas as mulheres no estabelecimento da política pública, então é à luz dessa particular circunstância que o cumprimento das regras mínimas de tratamento das pessoas encarceradas deve ser estimado pelo juiz, nas concretas condições em que se encontram as mulheres. Noutras palavras, mesmo no caso das mulheres gestantes, a primazia do direito à infância exige a individualização das concretas circunstâncias em que a prisão cautelar poderia ser substituída pela domiciliar.

Face a essas limitações, não há como se deferir, tal como requerida, a ordem em *habeas corpus*. É preciso reconhecer, porém, que, na linha do suscitou o próprio Ministério Público, o artigo 318 do Código de Processo Penal comporta mais de uma interpretação, sendo que apenas uma, a que acolhe o interesse primordial da infância, é constitucionalmente conforme. Por essa razão, e nessa extensão, é que o deferimento da ordem deve ser fixado.

Ante o exposto, defiro a ordem de *habeas corpus* coletivo exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

Dê-se conhecimento ao Conselho Nacional de Justiça para a adoção de providências cabíveis (art. 1º, § 1º, II e III, da Lei n. 12.106/2009).

É como voto.